



UNIVERSIDADE DO VALE DO TAQUARI
CURSO DE DIREITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE
SEGURANÇA AOS DELINQUENTES PORTADORES DE DOENÇA
MENTAL**

Tatiana Gabi de Souza

Lajeado, junho de 2018

Tatiana Gabi de Souza

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE
SEGURANÇA AOS DELINQUENTES PORTADORES DE DOENÇA
MENTAL**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II, do Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari – Univates, como parte da exigência para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Márcio de Abreu Moreno

Lajeado, junho de 2018

Tatiana Gabi de Souza

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE
SEGURANÇA AOS DELINQUENTES PORTADORES DE DOENÇA MENTAL**

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada à disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia do Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari - Univates, como parte da exigência para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Prof. Me. Márcio de Abreu Moreno – orientador
Universidade do Vale do Taquari – Univates

Prof. Me. Hélio M. Schauben Jr.
Universidade do Vale do Taquari – Univates

Del. Humberto M. Roehrig
Delegacia de Polícia Município de Teutônia/RS

Lajeado, 27 de junho de 2018

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar aos meus pais, Jaqueline e Sérgio, sem os quais eu não me tornaria a pessoa que sou hoje. Sempre serei grata aos seus ensinamentos, dedicação e incentivo, levando-os como inspiração de vida.

Dedico também às queridas amigas Dra. Lilian, Tainara e Verônica.

À Dra. Lilian a qual foi um dos presentes que a vida profissional no Direito me deu, além de colega tornou-se amiga e teve papel fundamental para o desenvolvimento das minhas ideias quanto ao tema dessa monografia.

À Tainara que foi um presente de Deus que o curso de Direito me deu, como colega e hoje amiga, que em muitos momentos, inclusive os de dificuldade com a monografia, sempre esteve pronta a me ajudar com palavras de conforto.

À Verônica, minha melhor amiga, que sempre esteve ao meu lado desde os tempos de colégio, sempre me apoiando e compartilhando tanto de momentos ruins como bons, bem como me auxiliou nessa monografia desde quando era apenas um projeto.

Ao meu querido amigo Mateus, o qual sempre tive consideração em todos esses anos de amizade e parceria, que também dedicou de seu tempo me auxiliando nessa monografia.

Agradeço ao meu orientador, Professor Mestre Márcio de Abreu Moreno, por ter dedicado seu tempo a esse trabalho, bem como ter me ajudado nos momentos de dificuldade enfrentados ao longo dessa jornada.

A vocês todos o meu muito obrigada.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a aplicação das medidas de segurança aos delinquentes portadores de doença mental no que tange a sua constitucionalidade, devido ao seu caráter de tempo indeterminado de internação. Trata-se de pesquisa de modo qualitativo, realizada através do método dedutivo e com procedimento técnico por meio de bibliografias e documentos. Assim, primeiramente, descreve-se conceitos de crime, para melhor compreender como se dá a interpretação das normas penais, a função do direito penal perante a sociedade e a evolução histórica do direito penal quanto à aplicação das penas desde os seus primórdios, passando pela culpabilidade e imputabilidade penal, descrevendo os seus fundamentos e teorias e, por fim, uma análise da imputabilidade penal e seus aspectos punitivos. Posteriormente, analisa-se a culpabilidade e a imputabilidade através de suas teorias, o que se faz importante para a compreensão do modo de aplicação do Direito Penal atualmente, desde a elaboração de um tipo penal à análise da culpabilidade e imputabilidade da pessoa delinquente para a correta aplicação da pena. E, por fim, analisa-se os aspectos da imputabilidade e da pena através da criminologia e descrição de perfis criminológicos, bem como uma análise sobre a execução da pena de indivíduos que possuem transtornos biopsicológicos. Conclui-se que deve haver uma análise legislativa em relação ao caráter de tempo indeterminado das medidas de segurança, eis que contradiz o imposto na Carta Magna no que se refere à proibição de penas de caráter perpétuo. O Poder Judiciário, por sua vez, deve se atentar a cada caso dando uma atenção maior às condições mentais dos réus, como também dos condenados que desenvolvem distúrbios mentais durante a execução da pena. Também deve haver um maior controle e acompanhamento das pessoas que ganham alta devido às grandes chances de reincidência. Possibilidade de aplicar, por analogia, o art. 75 do CP estabelecendo a o prazo máximo de trinta anos para as medidas de segurança.

Palavras-chave: Imputabilidade. Doença mental. Medidas de segurança.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART- Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

LEP – Lei de Execução Penal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2. ASPECTOS HERMENÊUTICOS DO DIREITO PENAL	9
2.1 Conceito analítico de crime.....	10
2.1.1 Conceito material de crime.....	13
2.1.2 Conceito formal de crime	15
2.2 Funções do direito penal.....	16
2.3 A evolução histórica do direito penal.....	18
3 A CULPABILIDADE E IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL.....	26
3.1 Fundamentos da culpabilidade.....	26
3.1.1 Teoria psicológica.....	29
3.1.2 Teoria normativa ou normativa psicológica.....	33
3.1.3 Teoria normativa pura, extrema ou estrita	36
3.1.4 Teoria limitada	39
3.2 Imputabilidade penal.....	43
4 IMPUTABILIDADE E PENA: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E DE POLÍTICA CRIMINAL.....	51
4.1 Evolução da criminologia e escolas criminológicas.....	52
4.1.1 Escola Clássica	55
4.1.2 Escola Positiva	57
4.2 Perfis criminológicos.....	59
4.3 A responsabilidade penal	66
4.4 Imputabilidade, inimputabilidade e semi imputabilidade.....	68
4.5 A problemática do aspecto punitivo aos delinquentes com transtornos biopsicológicos	79
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

O crime acompanha a sociedade desde seus tempos mais primitivos. Mesmo antes de existir uma sociedade civilizada e organizada já existia o crime e a punição.

Houve uma época em que a pena imposta para quem cometia um delito era desproporcional e arbitrária, principalmente porque por muito tempo não houve normas tipificando o que era crime, tampouco cominando uma sanção proporcional.

Com a evolução da sociedade começaram a surgir regras para controlar o crime e a respectiva forma de punição. O poder de punição, por sua vez, passou a ser centralizado.

Mesmo assim, até chegarmos aos dias atuais, por séculos as penas impostas foram extremamente severas e cruéis.

Hoje, mesmo com a existência de um Código Penal que impõe penas proporcionais ao ato praticado e que segue vários princípios, principalmente o da dignidade humana, tem-se a problemática, no que tange à aplicação da pena, quanto à adequação ao perfil do criminoso, pois existem criminosos que, devido a sua condição mental, não podem cumprir pena em presídio comum.

Assim, a presente monografia tem o objetivo geral de analisar o crime e o criminoso sob aspectos do direito penal e da criminologia, como também averiguar sobre o sistema jurídico atual no que tange à execução penal dos criminosos que possuem transtornos biopsicológicos. O trabalho apresenta como problema os aspectos punitivos desses delinquentes.

Quanto ao modo de pesquisa, a presente monografia será qualitativa, que, segundo Mezzaroba e Monteiro (2014), trata-se de uma pesquisa global e inter-relacionada com fatores variáveis privilegiando contextos. O conteúdo, por sua vez, será descritivo, no qual se examina a natureza, o alcance e as interpretações possíveis do estudo, para, assim, reinterpretar de acordo com as estratégias estabelecidas. Dessa forma, será realizado um estudo sobre o crime e o criminoso.

O método a ser utilizado será o dedutivo, o qual, segundo Mazzaroba e Monteiro (2014), parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Parte-se de argumentos considerados verdadeiros para chegar nas conclusões formais.

Assim, o estudo começará descrevendo conceitos de crime, para melhor compreender como se dá a interpretação das normas penais, a função do direito penal perante a sociedade e a evolução histórica do direito penal quanto à aplicação das penas desde os seus primórdios, passando pela culpabilidade e imputabilidade penal, descrevendo os seus fundamentos e teorias. Por fim, haverá uma análise da imputabilidade penal e seus aspectos punitivos.

Dessa forma, o primeiro capítulo da presente monografia descreverá os conceitos de crime e a evolução histórica do direito penal, bem como a sua função na sociedade, com o fim de compreender como o crime e a pena eram compreendidos nos seus tempos mais remotos até o seu desenvolvimento aos dias de hoje.

O segundo capítulo irá trazer uma análise da culpabilidade e da imputabilidade através de suas teorias, o que se faz importante para a compreensão da aplicação do Direito Penal atualmente, desde a elaboração de um tipo penal à análise da culpabilidade e imputabilidade do delinquente para a correta aplicação da pena.

E, por fim, no terceiro capítulo far-se-á uma análise dos aspectos da imputabilidade e da pena através da criminologia, descrição de perfis criminológicos e uma análise sobre a execução da pena de indivíduos que possuem transtornos biopsicológicos.

2. ASPECTOS HERMENÊUTICOS DO DIREITO PENAL

As leis positivas são formuladas em termos gerais, fixando regras, consolidando princípios e estabelecendo normas, porém, sua linguagem ampla, sem mais detalhes, exige do operador de Direito a correta interpretação da norma para aplicar ao caso concreto. Logo, o operador do Direito deve realizar uma pesquisa para identificar a relação de determinada norma ao caso concreto para então aplicar o Direito.

Aplicar o Direito significa encontrar a relação entre o que a norma prescreve e o fato ao qual se deseja aplicar. É transformar o Direito em uma realidade eficiente, tanto para o interesse individual como para o coletivo.

A lei penal deve ser interpretada de forma específica e não pode ser entendida por analogia ou paridade. Não se pode, por indução, concluir uma espécie criminal estabelecida por outra não expressa. Se não for verificado ao menos um característico do delito previsto na norma penal, ou se faltar qualquer elemento constitutivo do ato para o qual foi cominado castigo legal, o réu deve ser absolvido.

Cabe somente ao legislador, e não ao juiz, ampliar o rol de tipos criminais inseridos nas normas penais. Ademais, o Direito Penal tem em sua essência a tipicidade, isto é, o Código elenca tipos de atos puníveis, de modo que na falta de qualquer um que não esteja previsto, mesmo que próximo de outro previsto, este ato não deve ser reprimido pela justiça.

Assim, o objetivo desse capítulo será descrever os conceitos de crime para melhor compreender como se dá a interpretação das normas penais, a função do

direito penal perante a sociedade e a evolução histórica do direito penal quanto à aplicação das penas desde os seus primórdios.

2.1 Conceito analítico de crime

Capez (2010) explica que através do aspecto analítico do crime busca-se os seus elementos estruturais. Para existir uma infração penal é necessário que o fato seja típico e ilícito, portanto, quando alguém comete alguma conduta o julgador deve, primeiramente, observar a sua tipicidade. Em caso positivo, passa-se então para a verificação da sua licitude. Assim, se houve fato típico e ilícito na conduta do autor, verifica-se se o autor teve culpa, e se deve sofrer um juízo de reprovabilidade.

O doutrinador adota a concepção bipartida, à qual a culpabilidade não integra o conceito de crime, portanto, entende que crime é somente fato típico e ilícito. Explica que, a partir do finalismo de Weszel, dolo e culpa passaram a integrar o fato típico e não a culpabilidade, portanto, não se pode mais afirmar que crime é fato típico, ilícito e culpável.

Ademais, a culpabilidade não pode ser avaliada como elemento externo do autor do crime e ao mesmo tempo integrar o crime, pois “não existe crime culpado, mas autor de crime culpado” (CAPEZ, 2010, p. 135).

O doutrinador acrescenta ainda que através da interpretação do art. 1º do Código Penal, o qual menciona que “não há crime sem lei anterior que o defina”, quando o fato é atípico não existe crime. Da mesma maneira, acrescenta que a interpretação do art. 23 e incisos do mesmo diploma legal, “não há crime quando o agente pratica fato”, pressupõe que há exclusão da ilicitude quando não existe crime, deixa claro que somente o fato típico e a ilicitude são elementos do crime.

Para Nucci (2006), o crime consoante o conceito analítico é uma conduta típica, antijurídica e culpável. É uma ação ou omissão de uma conduta proibida (tipicidade), contrária ao ordenamento jurídico (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação refletido sobre o fato e o seu autor, desde que o sujeito seja imputável, tenha consciência potencial da ilicitude e seja possível exigir que a pessoa aja de forma diversa.

Esse doutrinador entende que crime é fato típico, antijurídico e culpável. Afirma que não considerar a culpabilidade integrante do conceito de crime a afasta do juízo de reprovabilidade social do crime, que é gerado pela culpabilidade, afinal, não há delito sem reprovação social.

Nucci (2006, p. 161) conclui que separando o crime para um lado e a pena para o outro ligando-os pela ponte da culpabilidade pode acarretar o risco de libertar a culpabilidade da avaliação sob a visão da legalidade “(não há crime – só o típico e antijurídico? – sem prévia definição legal), bem como de permitir incontáveis formas de medir a pena que não digam respeito ao fato praticado, quiçá a mera e rejeitada culpabilidade do autor”, de forma que a pena seria medida através de critérios de quem a pessoa é e não pelo fato que ele praticou.

Conforme Mirabete e Fabbrini (2010, p. 83), através do conceito analítico “verificando-se a existência de um fato típico (composto de ação, resultado, nexo causal e tipicidade) e antijurídico, examinar-se-á o elemento subjetivo (dolo ou culpa em sentido estrito) e, assim, a culpabilidade”. Portanto, no conceito analítico de crime a conduta abrange tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito.

Esses doutrinadores definem o crime como fato típico e antijurídico, pois a conduta compõe o fato típico, dessa forma, o crime existe em si mesmo e na culpabilidade não há dolo ou culpa em sentido estrito, mas somente reprovação ou censura da conduta. Assim, injusto ou antijuridicidade vem a ser a desaprovação do ato e a culpabilidade, a atribuição do ato ao seu autor.

Ressaltam que para o delito conduta típica e ilícita pode ensejar como sanção tanto a pena como a medida de segurança. “Podemos, pois, reafirmar, em perspectiva bem mais acurada e extensiva, que o crime é o fato humano típico e ilícito, em que a culpabilidade é o pressuposto da pena, e a periculosidade o pressuposto da medida de segurança” (MIRABETE; FABBRINI apud Walter Coelho, 2010, p. 84).

Segundo Bitencourt (2014), o conceito analítico de crime passou a definir o crime como ação típica, antijurídica e culpável. Somente a ação humana pode ser censurada, assim, o objeto de valoração será a conduta humana.

Para Prado (2014), que adota a concepção tripartida, ou seja, conduta típica, ilícita e culpável, o conceito analítico, ou dogmático, de crime separa as partes que constituem o delito, tanto materialmente como idealmente, com a finalidade de agrupá-las em uma ordem simultânea. Dessa forma, toda ação e omissão que for típica, é ilícita, portanto, com possibilidade de ser culpável.

Assim, de um lado tem-se o fato, que é objeto de valoração, e do outro tem-se os juízos de valor (níveis de valoração parciais = tipicidade, ilicitude e culpabilidade), que incidem sobre o fato. Portanto, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade fazem parte do juízo negativo de valor global sobre o fato e o autor (PRADO, 2014).

Para Noronha (1998), no conceito dogmático de crime, para uma ação humana ser considerada criminosa deve estar descrita em lei, contrariar o ordenamento jurídico e o autor do fato sofrer um juízo de censura ou reprovação social. Portanto, o crime é ação típica, antijurídica e culpável, pois não existe crime sem ação ou omissão, que esteja descrita na norma penal, que se opõe ao ordenamento jurídico, bem como passível de atribuição ao autor do fato culpa no sentido *lato sensu* (dolo ou culpa).

Estefam e Gonçalves (2012) adotam a concepção bipartida, ou dicotômica, do conceito analítico de crime, ou seja, crime é fato típico e antijurídico e a culpabilidade é pressuposto da aplicação da pena.

Segundo Greco (2014), o conceito analítico tem por função a análise de todos os elementos ou características que integram o crime, sem fragmentá-lo, pois o crime é único e indivisível. A pessoa comete um fato que deve ser típico, ilícito e culpável, do contrário, seu ato será considerado indiferente para o direito penal.

O fato típico é composto pela “conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; e tipicidade (formal e conglobante)” (GRECO, 2012, p.151).

Já a ilicitude ou antijuridicidade vem a ser a conduta contrária ao ordenamento jurídico. Esses elementos só serão excluídos da conduta do autor se amparada pelas excludentes do art. 23 do Código Penal, porém, Greco (2012, p. 151) ressalta que há doutrinas que mencionam o consentimento do ofendido como uma das causas de

exclusão de ilicitude. Mas, para tanto, é preciso “que o ofendido tenha capacidade para consentir. Que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; e que o consentimento tenha sido dado anteriormente, ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente”. Se um desses requisitos estiver ausente, o consentimento do ofendido não afastará a ilicitude.

A culpabilidade, por sua vez, vem a ser o juízo de reprovação pessoal sobre a conduta do delinquente e tem os seguintes elementos: “imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; e exigibilidade de conduta diversa” (GRECO, 2012, p. 152).

Segundo Pacelli e Callegari (2016), através do conceito analítico do crime se faz uma decomposição dos requisitos exigidos para haver crime, ou seja, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Dessa forma, o crime conceitua-se como uma conduta (ação ou omissão), típica, antijurídica e culpável.

Conforme explica Côelho (2015), no conceito analítico do crime é feita uma divisão sistemática do conceito material e do conceito formal do crime. Esses elementos são reunidos e depois seus componentes descritivos são estabelecidos, isto é, o crime é fato típico, antijurídico e culpável, defendendo esse doutrinador a teoria tripartida do crime.

2.1.1 Conceito material de crime

O crime em seu aspecto material busca explicar porque determinado fato é considerado crime enquanto outro não, podendo o crime ser definido como um fato humano, intencional ou não, que causou danos ou expôs em perigo bens jurídicos relevantes para a permanência da coletividade e paz social (CAPEZ, 2010).

Da mesma forma, Mirabete e Fabbrini (2010) colocam que no aspecto material se faz necessário averiguar o que levou o legislador a prever punição dos autores de determinados fatos e outros não, bem como quais são os critérios utilizados para diferenciar ilícitos penais de outras condutas lesivas.

O doutrinador ainda segue explicando que o Estado tem por objetivo manter a ordem e o bem dos seus cidadãos. Para manter a harmonia e o equilíbrio social, o Estado precisa zelar pela paz interna e a segurança coletiva. Para tanto, é preciso que

haja valoração dos bens ou interesses individuais e coletivos, passando a serem tutelados pela legislação penal, ao passo que, quando esses bens forem atingidos, a proteção será concretizada através do estabelecimento e aplicação da pena. Portanto, crime é toda ação ou omissão contrária à legislação penal que causa dano ao bem jurídico tutelado.

Para a ação humana ser criminosa, deve corresponder objetivamente à conduta descrita na lei, contrariar o ordenamento jurídico e incorrer em um juízo de censura ou reprovação social. Considerando que o delito é toda ação típica, antijurídica e culpável, pois não existe delito sem uma ação (ou omissão), que deve estar descrita em lei, ser contrária ao direito e passível de atribuição de culpa ao autor do fato (NORONHA, 1998).

Segundo Nucci (2006), o conceito material de crime vem a ser a visão que a sociedade tem sobre o que pode e deve ser proibido através de uma sanção penal. Será a conduta que ofende um bem jurídico tutelado pela lei, bem como ameaçada de pena. O doutrinador ressalta que esse conceito é bem aberto, pois sugere para o legislador as condutas as quais devem ser consideradas tipos penais.

Consoante Jesus (2003), o conceito material de crime é de relevância jurídica, pois destaca o seu conteúdo teleológico, isto é, a razão determinante de uma conduta humana ser considerada crime e sujeita à sanção.

Sem previsão legal, nenhum fato pode ser considerado criminoso, e, para tanto, o legislador necessita de critérios que vão lhe orientar para definir o que pode ser considerado fato criminoso, pois, do contrário, ficaria a seu livre arbítrio definir quais condutas são criminosas. Portanto, crime do ponto de vista material visa proteger os bens através da lei penal (JESUS, 2003).

Para Prado (2014), o conceito material ou substancial de crime é o conteúdo do ilícito penal, ou seja, seu caráter danoso da conduta e de seu desvalor. Assim, a sociedade, em dado momento histórico, considerará o que deve ser proibido pela lei penal.

Devem ser consideradas danosas somente as condutas que afetam de forma mais significativa a estabilidade e o desenvolvimento da vida em comunidade,

devendo a lei penal ser empregada quando realmente for essencial para a proteção da sociedade ou dos bens individuais do cidadão, de forma que o legislador deve atentar-se a uma minuciosa orientação político-criminal ao considerar o que é punível e o que não é. Portanto, “no aspecto material, o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal, de caráter individual, coletivo ou difuso (PRADO, 2014, p. 202).

Consoante Còelho (2015), crime é todo fato que gera lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. O doutrinador também explica que o conceito material deve coexistir com o conceito formal para conceituar o crime, eis que o crime não vai existir somente no aspecto formal ou material, mas sim de forma integrada, pois a infração integra tanto a norma penal incriminadora como no seu aspecto material ou ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Conforme explicam Pacelli e Callegari (2016), o conceito material do crime preocupa-se com o conteúdo do crime, ou seja, o caráter danoso da ação e seu desvalor social. São as condutas que determinada sociedade considera que devem ser proibidas pela norma penal.

Em suma, o crime em seu aspecto material é a descrição de uma conduta humana cujo resultado é tipificado em lei penal. O fato típico, explica Bitencourt (2014), é composto por uma conduta humana que modifica o mundo exterior, e seu resultado pode ser tanto de dano como de perigo ao bem tutelado, e, em não havendo resultado, há a tentativa.

2.1.2 Conceito formal de crime

O crime no seu aspecto formal é a inserção da conduta ao tipo legal, considerando-se crime tudo aquilo que o legislador descreve como tal, conforme explica Capez (2010).

Igualmente, Nucci (2006, p. 158) explica que o aspecto formal “é a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob a ameaça de aplicação da pena, numa visão legislativa do fenômeno”. Concluindo que, assim, está

respeitando-se o princípio da legalidade, ou seja, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine”.

Estefam e Gonçalves (2012) explicam que o conceito formal do crime busca orientar o operador do Direito Penal, ao analisar os diversos ilícitos jurídicos, a identificar quais devem ser considerados ilícitos penais. Assim, definido o delito, passa-se a definir a sanção correspondente, como pena privativa de liberdade, pena alternativa ou medidas de segurança.

Conforme Mirabete e Fabbrini (2010), crime no aspecto formal é toda conduta humana, positiva (ação em sentido estrito) ou negativa (omissão), que seja típica, ou seja, descrita na norma como infração penal. Desse modo, só haverá crime se a conduta da pessoa for antijurídica e contrária ao ordenamento jurídico, devido ao fato de não estar protegida por excludente de ilicitude.

Portanto, fato típico é um comportamento humano (positivo ou negativo) que causa dano a um bem jurídico tutelado pela norma penal. Por exemplo: “se A mata B em comportamento voluntário, pratica o fato típico descrito no art. 121 do CP (matar alguém) e, em princípio, um crime de homicídio” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 84).

Já o crime no aspecto formal, ou nominal, define o delito sob o ponto de vista do Direito positivo, é o que a lei penal considera como crime, é o fato que contraria o que a lei penal impõe. Tem função de garantia, conforme interpretação do art. 1º do Código Penal (PRADO, 2014).

Pacelli e Callegari (2016) definem o crime, em seu conceito formal, como todo fato humano que a lei penal proíbe e associa uma pena como consequência. Explicam que o conceito formal visa o aspecto externo do fenômeno criminoso, e não o seu conteúdo.

2.2 Funções do direito penal

Da vida em sociedade surgem necessidades humanas, e, considerando isso, surgiu o Direito para regulamentar a paz social. Dessa forma, todo fato que contrariar o Direito será considerado um ilícito jurídico, tanto na esfera cível quanto na esfera

penal. Quando houver um ilícito civil, a consequência será uma reparação civil por parte de quem o cometeu (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Porém, em algumas situações a sanção civil se torna insuficiente para reprimir os ilícitos mais graves, que atingem não somente interesses individuais, mas também bens jurídicos relevantes e condutas que são extremamente lesivas à vida em sociedade. A partir daí, é preciso uma intervenção do Estado contra os autores desses fatos, através da cominação e aplicação de sanções severas por meio do Direito Penal (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Conforme Capez (2017), o Direito Penal tem como missão proteger os valores fundamentais para viver em sociedade. Esses valores recaem sobre bens jurídicos como a vida, saúde, liberdade, propriedade etc. Essa proteção é feita através de uma intimidação coletiva (ou prevenção geral), exercida através da sanção penal, que impõe temor aos cidadãos para que não cometam atos delinquentes.

Ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres éticos-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade (CAPEZ, 2017, p. 18).

Sendo assim, sabe-se que o ordenamento jurídico protege o direito à vida, proibindo qualquer lesão a esse direito, que é consolidado no dever ético-social “não matar”. Quando alguém infringe esse mandamento, o Estado tem o dever de interferir através de mecanismos legais, impondo a sanção penal, e, consequentemente, isso mostra para os cidadãos o valor que o Estado dá ao bem violado.

Dessa forma, conforme Jesus (2003, p. 4), a função do Direito Penal é proteger os bens jurídicos. Explica ainda que “bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas”. O Direito Penal protege somente os bens mais relevantes, interferindo nos casos que causam lesão de bens considerados fundamentais para a vida em sociedade. Essa interferência se dá através da imposição de sanções aos sujeitos que praticam os delitos.

Segundo Prado (2014, p. 65), a principal função do Direito Penal é a proteção dos bens considerados essenciais ao indivíduo e à sociedade, e, para tanto, o legislador seleciona os bens mais relevantes para a vida social. A noção de bem jurídico, conforme explica o doutrinador, “implica a realização de um juízo positivo de

valor acerca de determinado objeto ou situação e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”.

Bitencourt (2014) explica que o Direito Penal tem por função regular a relação dos indivíduos em sociedade e as relações desses mesmos indivíduos com a mesma sociedade. O controle social é exercido pelo Estado por meio de normas preestabelecidas pelo legislador, de forma que os bens protegidos não interessam somente ao indivíduo, mas também à coletividade.

Conforme Mirabete e Fabbrini (2010), o Direito Penal tem como finalidade a proteção da sociedade (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, paz pública etc.). Ressaltam que, a critério do legislador, alguns desses bens não são tutelados penalmente, pois não possui relevância antissocial a ação que o lesou. Como exemplo, não está sujeito à sanção penal o sujeito que, culposamente, destrói coisa alheia.

A função essencial do Direito Penal, conforme Pacelli e Callegari (2016), é proteger os bens que foram previamente selecionados como matéria proibida e protegida pela norma. Assim, o Direito Penal protege os bens e interesses mais importantes, conforme os valores culturais de um povo.

Desses bens previamente selecionados surge outra função do Direito Penal, a de prevenção, a qual pressupõe prevenir comportamentos que possam vir a causar lesão a esses bens. Essa prevenção se dá através do preceito secundário da norma, a sanção. A pena surge após a prática do delito, o que reforça a proibição de tal prática (PACELLI; CALLEGARI, 2016).

Igualmente, Mirabete e Fabbrini (2014, p. 3) explicam que o Direito Penal, em seu caráter secundário, tem uma admissão ética, pois “deseja evitar o cometimento de crimes que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados”. A finalidade ética do Direito Penal é a razão da prevenção penal e da tutela da lei penal.

2.3 A evolução histórica do direito penal

O direito penal surgiu com o homem e o acompanhará através dos tempos, pois o crime sempre irá existir. A pena, em seus primórdios, era aplicada como forma de

vingança, naquela época prevaleciam os instintos da pessoa lesada, que revidava de forma desproporcional (NORONHA, 1998).

Conforme Noronha (1998), os historiadores defendem que há diversas fases da pena, porém, entre esses períodos, mesmo surgindo um novo, o período anterior, ou os anteriores, não deixavam de existir, de forma que existiam simultaneamente, cada um com seus princípios.

Houve um tempo em que se acreditava em forças sobrenaturais como forma de punição, que se manifestavam a partir de fenômenos da natureza, como chuva e trovões. Os povos primitivos acreditavam que quando concretizados era o momento de agradar os deuses. Esse vínculo entre homens e deuses era chamado de totem. Dessa relação totêmica a punição era dada quando era quebrado algum tabu (algo sagrado e misterioso) e acreditavam que, se não houvesse a sanção, era porque a ira dos deuses iria atingir todo o povo (NUCCI, 2006).

Estefam e Gonçalves (2012) explicam que na fase do totem, a qual chamam de vingança divina, o homem entendia que os fenômenos naturais que fugiam do seu cotidiano, tais como chuva, trovões, raios, secas, invernos rigorosos etc., eram uma forma de premiação ou castigo conforme suas ações.

Quem infringia o totem ou desobedecia ao tabu atingia toda a coletividade por meio da fúria divina, já que todos seriam punidos através da vingança sobrenatural (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012).

Noronha (1998) explica que a vingança divina se dá através da satisfação da divindade, que é a ofendida pelo crime. Aqui tem-se um direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. O principal código que adotava esse tipo de punição era o Manu, da Índia.

O propósito do Código de Manu era a purificação da alma criminosa através do castigo. O Código de Hamurabi, como também os demais povos da Babilônia, Índia, Israel, Egito, Pérsia, China etc., tinham cunho religioso (NORONHA, 1998).

Portanto, a vingança divina, teve muita influência religiosa na vida dos povos antigos. O Direito Penal tinha sentido místico, pois o crime era reprimido através da satisfação dos deuses. “O castigo, ou oferenda, por delegação divina era aplicado

pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente a intimidação” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 16).

Na vingança privada, por sua vez, existia uma reação da sociedade contra o delinquente, que seria uma forma de justiça com as próprias mãos. De acordo com Nucci (2006), essa forma de justiça nunca teve sucesso, pois sua essência era uma forma de agressão que gerava uma contrarreação e um círculo vicioso que exterminava com clãs e grupos.

Na fase da vingança privada, o cometimento de um crime acarretava uma reação vinda da vítima, dos parentes e do grupo social (tribo), de forma desproporcional, a reação era de “vingança de sangue”, e que também atingia, em alguns casos, o grupo ao qual esse delinquente pertencia. Se esse delinquente fizesse parte da tribo da vítima podia ser banido do grupo (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Ainda conforme Mirabete e Fabbrini (2010), ao passo que a sociedade evoluiu, surgiu o talião, que visava evitar a dizimação das tribos e limitava a reação à lesão sofrida a uma lesão idêntica, ou seja, o olho por olho, dente por dente. Foi considerado um grande avanço do Direito Penal, e foi adotado no Código de Hamurabi na Babilônia, no Êxodo do povo hebraico e na Lei das XII Tábuas de Roma.

Segundo Noronha (1998), na vingança privada a regra era reação à agressão. Era uma reação do indivíduo contra o indivíduo de cunho pessoal. Mas as reações do ofendido contra o seu agressor sempre se tornavam desproporcionais à lesão, de modo que acabava por atingir não somente o agressor como também sua família e o grupo ao qual pertencia. A partir disso surgiu o talião como forma de limitar essa reação. O castigo passou a ser delimitado e a vingança não podia mais ser arbitrária e desproporcional.

Após a vingança privada surgiu outra forma de punição, a chamada composição. Esse sistema permitia que o infrator comprasse a sua liberdade mediante o pagamento de moedas, gado, armas etc. Foi adotada pelo Código de Hamurábi, pelo Pentateuco, pelo Código de Manu da Índia e pelo Direito Germânico. Mirabete e Fabbrini (2010) destacam que esse tipo de punição seria a origem remota do que hoje é a indenização do Direito Civil e a multa no Direito Penal.

Noronha (1998) acrescenta que, na composição, o pagamento da compra da liberdade do ofensor ou de sua família, era destinado ao ofendido.

A vingança pública atribuía ao chefe do clã ou da tribo a função de punir. Conforme explica Nucci (2006), a centralização do poder deu uma forma mais segura para a repressão, pois não dava mais ensejo ao contra-ataque. Além disso, nessa época já prevalecia o talião, que, mesmo que tivesse punições brutais e cruéis, proporcionava equilíbrio entre o crime cometido e a punição.

A vingança pública, segundo Mirabete e Fabbrini (2010), visava a segurança do príncipe ou soberano como forma de garantir mais estabilidade ao Estado, que era garantida através da aplicação de penas cruéis e severas. Posteriormente, as penas passaram a não ter mais cunho religioso e com isso a responsabilidade, que era do grupo, passou a ser individual, isto é, somente do autor do fato.

Foi um período em que “predominava o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas” (Noronha, 1998, p. 24), que se davam através da morte por meios cruéis como fogueira, roda, arrastamento, esquartejamento, estrangulação, sepultamento vivo etc., bem como o sigilo dos processos e os meios inquisitoriais aliados a leis imprecisas e cheias de lacunas que favoreciam somente a monarquia.

A partir da vingança pública, o Estado passou a ser o único a ter legitimidade para intervir e impor sanções penais. “A função de punir deixa de ser individual e se torna pública, ficando a cargo do Estado, o responsável por assegurar a integridade territorial, política e social dos seus súditos” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 68).

O Direito penal dos Hebreus substituiu o talião pela pena de multa, prisão e imposição de gravames físicos. Substituiu a pena de morte pela prisão perpétua sem trabalhos forçados. Os crimes passaram a ser classificados em duas espécies: delitos contra a divindade e crimes contra o semelhante. Através do Talmud, o réu passou a ter garantias contra denúncias caluniosas e falsos testemunhos (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

O Direito Romano acabou com a confusão entre o religioso e o laico afirmando o caráter público da pena. O ordenamento jurídico era dividido em duas partes: Direito

Público (órgãos nacionais e internacionais e deuses) e Direito Privado (os indivíduos em relação à comunidade). Tinha por base o princípio do dever moral, isto é, a lei penal aplicada pelo Estado. Sendo assim, o não cumprimento de um preceito legal era considerado um delito e a pena imposta era o mal consequente de tal comportamento (PRADO, 2014).

O Direito Germânico tinha por características a vingança privada e a composição, passando a utilizar, posteriormente, as ordálias ou juízos de Deus, que consistiam em confirmar a culpa dos acusados por meio de testes como caminhar pelo fogo, pôr os pés em água ardente, submergir em um lago com uma pedra amarrada nos pés etc. Se sobrevivessem significava que eram inocentes. Utilizavam-se também de duelos judiciais, os quais prevalecia a lei do mais forte (NUCCI, 2006).

O Direito Canônico, ou Direito penal da Igreja, era exercido sob a influência do cristianismo na legislação penal. Nesse período houve contribuição da Igreja para a humanização do Direito Penal, de forma que se decretou a igualdade entre os homens. O crime e a responsabilidade penal passaram a ter aspecto subjetivo e as ordálias e duelos judiciais foram banidos. As penas passaram a ter como objetivo a regeneração do condenado, através do arrependimento e a purgação da culpa (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

O Direito Medieval tinha por objetivo a intimidação, que se dava através da pena de morte executada de diversas formas cruéis, como fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento etc. As sanções penais eram aplicadas conforme a condição social e a política do acusado (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

O Período Humanitário, decorrente do Iluminismo, pregou a reforma das leis e da administração da justiça. O homem passa a ter consciência de que o Direito Penal é um problema filosófico e jurídico. Nessa época, Cesare Bonesana, Marquês de Baccaria, publicou o livro “Das penas e dos delitos”, o qual [...] “se tornou o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente. [...] propõe novo fundamento à justiça penal: um fim utilitário e político, que deve, porém, ser sempre limitado pela lei moral” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 18).

Segundo Nucci (2006), Cesare Bonasena era contra a pena de morte, as penas cruéis e pregava o princípio da proporcionalidade da pena conforme a infração

praticada. Sua obra confrontava a arbitrariedade e prepotência dos juízes, sob o argumento de que somente as leis podem impor penas, e aos magistrados cabe somente aplicá-las tal como postas.

A evolução histórica do Direito Penal brasileiro, conforme Prado (2014), pode ser dividida em três fases: período colonial, Código Criminal do Império e período republicano.

Antes do período colonial, os índios que habitavam o Brasil antes da chegada dos portugueses não possuíam um direito penal organizado e civilizado. As penas eram aplicadas de forma aleatória e da mesma forma que na vingança privada, ou, esporadicamente, na forma de composição. As penalidades eram cruéis e aplicadas por meio de tortura, morte e banimento (NUCCI, 2006).

Já no período colonial, quando os portugueses chegaram impuseram as suas leis. Prado (2014, p. 96) explica:

O Direito em vigor na colônia estava feito, precisando simplesmente ser aplicado, depois de importado, sendo nada mais que um *capítulo do Direito português na América*: fenômeno denominado de *bifurcação brasileira*, isto é, a transplantação do organismo jurídico-político luso para o território nacional.

Dessa forma, assim que descoberto, o Brasil imediatamente passou a ter uma legislação civilizada que regulamentava a vida em sociedade.

Nesse período, Mirabete e Fabbrini (2010) mencionam que as leis que vigoravam eram as Ordenações Afonsinas, até o ano de 1512, e as Manuelinas, até o ano de 1569, estas foram substituídas pelo Código de D. Sebastião, que vigorou até o ano de 1603. A partir de então, passou a vigorar as Ordenações Filipinas com influências dos tempos medievais.

Com as Ordenações Filipinas “o crime era confundido com o pecado e a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. Eram crimes a blasfêmia, a bênção de cães, a relação sexual de cristão com infiel etc.” (Mirabete e Fabbrini, 2010, p. 23). As penas tinham como finalidade lançar temor sobre os cidadãos e eram aplicadas de formas cruéis e severas, através de açoites, degredo, mutilação, queimaduras e pena de morte por enforcamento, tortura, fogo etc. (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Conforme Noronha (1998), durante as Ordenações Filipinas prevaleceu a desigualdade de classes perante o crime, de forma que o juiz aplicava a pena conforme a gravidade do caso e a qualidade da pessoa. Dessa forma, os nobres eram punidos com multas enquanto que os peões eram punidos com castigos pesados e humilhantes. Esse código teve a vigência mais longa, de 1603 até 1830.

A Constituição Federal de 1824, outorgada por Dom Pedro I, em seu art. 179, trazia princípios e liberdades individuais que alteraram parcialmente o sistema penal em vigor, e previa, em seu parágrafo 18, a necessidade de um Código Criminal (PRADO, 2014).

O Código Criminal, elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, foi sancionado por Dom Pedro I em 16 de dezembro de 1830. Era composto por 313 artigos e dividido em quatro partes, a saber: “I- dos crimes e das penas (parte geral); II- dos crimes públicos; III- dos crimes particulares; e IV- dos crimes policiais” (Prado, 2014, p. 98). E previa as seguintes penas: morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda de emprego e açoites (PRADO, 2014).

Esse código, conforme destaca Nucci (2006), trouxe uma legislação penal mais humanitária e sistematizada, além de um grande avanço, como por exemplo, o dia-multa, pena que até hoje é utilizada tanto no Brasil como na legislação estrangeira.

Consoante Mirabete e Fabbrini (2010, p. 23), o Código Criminal do Império teve índole liberal e “[...] fixava um esboço da individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia julgamento especial para os menores de 14 anos”.

No período republicano, Baptista Pereira foi o responsável por elaborar o projeto de Código Penal que, em 11 de outubro de 1890, foi convertido em lei. Porém, devido a sua elaboração ter se dado de forma apressada e antes da Carta Magna de 1891, sofreu diversas críticas por não ter acompanhado os avanços doutrinários da época nem os códigos estrangeiros mais recentes (PRADO, 2014).

Devido às críticas e erros que esse código trouxe, foram necessárias diversas alterações e a elaboração de normas extravagantes, surgindo, em 1932, a Consolidação das Leis Penais, de Vicente Piragibe (PRADO, 2014).

O código de 1890 foi “acusado de não ter mantido o mesmo nível de organização e originalidade de seu antecessor” (Nucci, 2006, p. 65). De qualquer forma, mesmo sob críticas, alterações e leis extravagantes com o fim de adequá-lo, esse código manteve-se em vigor até a edição do atual Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940) (NUCCI, 2010).

O Código Penal de 1940, que vigora até hoje no Brasil, foi modificado em dois momentos: em 1977, através da Lei nº 6.416, e em 1984, através da Lei nº 7.209, “que instituiu uma nova parte geral, com tópicos de nítida influência finalista” (Prado, 2014, p. 100).

Conforme Estefam e Gonçalves (2012), o Código Penal de 1940 é qualificado pelos doutrinadores como “ecclético”, pois nele contém tanto pensamentos neoclássicos como positivistas. A reforma de 1987, que modificou a parte geral, teve inspiração finalista e atribuiu às penas a finalidade de ressocialização, e, para tanto, o principal instrumento aplicado é o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

3 A CULPABILIDADE E IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL

A culpabilidade consiste na reprovabilidade de uma conduta típica e antijurídica, dessa forma, para que alguém seja apto a ser culpável se faz necessária uma análise de suas condições pessoais. Essa análise se dá através da imputabilidade, a qual, para alguns doutrinadores, é elemento da culpabilidade e, para outros, seu pressuposto.

A imputabilidade é a capacidade que a pessoa possui de entender o caráter ilícito de sua conduta e de comportar-se de acordo com o Direito, isto é, ao analisar a imputabilidade de alguém é importante verificar se essa pessoa possui condições psíquicas de entender a ilicitude da conduta e ter condições de se comportar conforme esse entendimento.

Assim, o terceiro capítulo tem por objetivo trazer uma análise da culpabilidade através de suas teorias e uma breve introdução sobre a imputabilidade.

3.1 Fundamentos da culpabilidade

Conforme Toledo (1987), da palavra “culpa” deriva “culpabilidade”, e algumas vezes essas palavras são usadas como sinônimo para caracterizar um dos elementos estruturais do conceito de crime. A palavra culpa também é utilizada constantemente para imputar um fato condenável a alguém. Assim, o termo culpa, na linguagem usual, é utilizado no sentido de atribuir censura a alguém, de um fato ou acontecimento.

Mirabete e Fabbrini (2009, p. 180) explicam que “culpa e culpado têm sentido lexical comum de indicar que uma pessoa é responsável por uma falta, uma

transgressão, ou seja, por ter praticado um ato condenável”. Porém, esse resultado lesivo apenas pode ser atribuído a quem lhe deu causa e se essa pessoa poderia ter agido de outra forma a fim de que seu comportamento pudesse ter evitado a lesão. Para que uma conduta seja considerada reprovável, ou seja, que há culpabilidade, é necessário que o autor do fato tivesse tido a oportunidade de agir de acordo com o ordenamento jurídico.

Portanto, só há culpabilidade quando o sujeito, de acordo com suas condições psíquicas, podia agir de acordo com o direito (imputabilidade), se o sujeito tinha condições de compreender que o fato era ilícito (possibilidade de conhecimento da ilicitude), e se era possível, nas circunstâncias, agir de modo diverso (exigibilidade de conduta diversa). Dessa forma, tem-se os elementos da culpabilidade (MIRABETE; FABBRINI, 2009).

Interessante se faz trazer à baila o conceito de coculpabilidade explicado por Nucci (2014, p. 252): “trata-se da reprovação conjunta que deve ser exercida sobre o Estado, tanto quanto se faz com relação ao autor de uma infração penal, quando se verifica não ter sido proporcionada a todos igualdade de oportunidade na vida”. Logo, isso significa que alguns indivíduos têm mais tendência a praticar crimes do que outros que tiveram outras oportunidades e condições de vida melhores.

Nucci (2014) ressalta que essa visão não parece correta, pois mesmo que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, isso não é motivo para justificar ou amparar o cometimento de delitos, implicando em atenuação da pena. Pois se fosse assim existiriam muitos coculpáveis no caminho dos criminosos, como, por exemplo, os pais que não cuidaram bem do filho ou um colega de escola que humilhou esse criminoso na sala de aula, etc., tudo o que levaria a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal. Esses exemplos podem ser fatores que impulsionam a pessoa a praticar o crime, porém, na realidade, o que prevalece é a sua própria vontade, e, sendo assim, essas circunstâncias não são suficientemente relevantes para aplicar a atenuante.

Em termos jurídicos-penais, o conceito de culpabilidade vem a ser uma reprovação pessoal da realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em uma

situação na qual o autor do fato poderia ter agido de forma adversa e de acordo com o ordenamento jurídico (PRADO, 2014).

Prado (2014, p. 343) explica que “não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável”, pois, no Direito Penal, a culpabilidade está ligada ao fato típico e ilícito. “Cada nível subsequente do delito contém o antecedente como pressuposto. Daí o fato de que a parte subjetiva do delito esteja especialmente compreendida como pressuposto da culpabilidade”.

De acordo com a lei penal brasileira, para existir crime basta que a pessoa pratique um fato típico e antijurídico. Além disso, do ponto de vista objetivo, para existir um crime é prescindível a culpabilidade. Conforme explica Jesus (2003), “o crime existe por si mesmo com os requisitos “fato típico” e “ilicitude”. Mas o crime somente será ligado à pessoa se esta for culpável.

O mesmo doutrinador ainda explica que o art. 23 do Código Penal utiliza a expressão “não há crime” indicando que as causas de exclusão da antijuridicidade excluem o crime. Da mesma forma, os arts. 26, caput, e 28, § 1^a, utilizam a expressão “é isento de pena”, que corresponde a não culpável. Assim, “se a expressão 'é isento de pena' significa 'não culpável', subentende-se que o Código Penal considera o crime mesmo quando não existe culpabilidade em face ao erro de proibição do art. 21, caput, 2^a parte” (JESUS, 2003, p. 456).

Portanto, para a legislação penal brasileira, existe crime sem culpabilidade. E, na posição de Jesus (2003), a culpabilidade não é requisito do crime, mas sim condição da resposta penal. É um pressuposto da pena, visto que, ao impor a pena, deve-se analisar a culpabilidade da pessoa, que também é uma limitadora da pena, pois “quanto mais culpável o agente, maior deverá ser a quantidade da sanção penal” (JESUS, 2003, p. 457).

3.2 Teorias da culpabilidade

No sistema clássico foi definido que não existia crime sem culpabilidade, bem como a responsabilidade era subjetiva, isto é, a culpabilidade era composta pela culpa e o dolo. Estefam (2015, p. 281) ressalta “que a culpabilidade era vista como mero

vínculo psicológico entre autor e fato, por meio do dolo e da culpa, que eram as suas espécies”. Daí tem-se a teoria psicológica da culpabilidade.

O sistema neoclássico associou a culpa à responsabilidade, de forma que entendiam que só seria passível de culpa a pessoa que fosse imputável, agisse com dolo ou culpa e se poderia ter agido de forma diferente. Assim, tem-se a teoria psicológica-normativa, ou normativa da culpabilidade (ESTEFAM, 2015).

No sistema finalista, a culpabilidade permaneceu com a essência da responsabilidade do ato, porém, em seus elementos identificou-se uma natureza puramente normativa, passando a ser “[...] composta de imputabilidade, possibilidade de compreensão da ilicitude da conduta e de exigir do agente comportamento distinto” (Estefam, 2015, p. 282). Surge então, a teoria normativa pura da culpabilidade, que se subdivide em teoria limitada e teoria extremada.

3.1.1 Teoria psicológica

Segundo Toledo (1987, p. 207), a concepção psicológica teve por base os conceitos penais de dolo e culpa, que trouxeram para a culpabilidade um conceito dogmático puramente psicológico. Assim, para essa teoria, “culpabilidade é uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso”.

Porém, ressalta o doutrinador supracitado, que na concepção psicológica encontram-se somente os elementos anímicos dolo e culpa, sendo as únicas relações entre o indivíduo e o fato praticado. Assim, dolo e culpa em sentido estrito são duas espécies de culpabilidade, bem como a totalidade da culpabilidade. Mas admite a imputabilidade como pressuposto da culpa jurídico-penal, por entender ser a capacidade de ser culpado.

Conforme Bitencourt (2014, p. 441/442), culpabilidade na teoria psicológica vem a ser a responsabilidade do autor pelo fato ilícito que cometeu, e entre o autor e seu fato existe uma relação subjetiva, “[...] culpabilidade é o vínculo psicológico que une o autor ao resultado produzido por sua ação”. [...] em suma, “a culpabilidade era, para essa teoria, a relação psicológica, isto é, o vínculo subjetivo que existia entre a

conduta e o resultado, assim como, no plano objetivo, a relação física era a causalidade”.

Conforme essa teoria, a culpabilidade só poderia ser afastada se existissem causas que eliminassem esse vínculo psicológico. Essas causas, explica Bintencourt (2014, p. 442), seriam o “erro”, que eliminaria o elemento intelectual, ou a “coação”, que suprimiria o elemento volitivo do dolo, o qual, para essa teoria era puramente psicológica (vontade e previsão).

Mirabete e Fabbrini (2010) explicam que quando alguém comete um fato ilícito se faz necessária a indagação se o autor do fato quis evitar o resultado ou se era possível prever que poderia ocorrer tal resultado, tornando-se obrigatório questionar a culpa, ou seja, verifica-se se no fato estavam presentes a vontade ou a previsibilidade. Assim, desses elementos surgiram os conceitos de dolo (vontade) e culpa (previsibilidade), e, partindo dessa premissa, surge a teoria psicológica, para a qual há uma ligação de natureza psíquica entre o autor e seu fato, sendo o dolo e a culpa formas da culpabilidade.

Segundo Nucci (2006), na teoria psicológica, ou causalista, a culpabilidade representa o elemento subjetivo do crime, isto é, dolo ou culpa. Assim, quando o sujeito pratica um fato típico e antijurídico (aspectos objetivos do crime), devem estar presentes o dolo ou a culpa para ser considerada infração penal. O dolo e a culpa são um vínculo subjetivo entre o autor e o fato praticado (aspecto subjetivo do crime). Assim, culpabilidade é dolo ou culpa e a imputabilidade, seu pressuposto.

A culpabilidade nessa teoria tinha como principal característica a separação entre objetivo (ilicitude) e o subjetivo (a culpabilidade propriamente dita). Portanto, “era assim definida como o nexa subjetivo (psicológico ou psíquico) entre a vontade do agente e o resultado, apresentando como suas formas o dolo e a culpa” (PRADO, 2014, p. 347).

Conforme Jesus (2003), a culpabilidade na teoria psicológica baseia-se na relação psíquica entre o autor do fato e o seu resultado, com fundamento na teoria causal ou naturalística da ação. Compreende ainda o dolo e a culpa como suas espécies.

A culpabilidade na teoria psicológica é entendida como um vínculo psicológico que une o autor ao delito cometido e, conseqüentemente, ao resultado que sua ação produziu. Essa relação de “causalidade psíquica” é expressada através do dolo, quando a pessoa causa o resultado de forma voluntária, ou através da culpa, quando a pessoa causa o resultado de forma involuntária (BUSATO, 2017).

Segundo Brandão (2010), a culpabilidade é considerada um fato interno da conduta da pessoa, de caráter puramente psíquico e baseado no dolo e na culpa. A teoria psicológica retira a consciência da antijuridicidade do dolo “que passa a ser concebido pura previsibilidade aliada à vontade da realização do fato” (BRANDÃO, 2010, p. 230).

Conforme Pacelli e Callegari (2017), na concepção psicológica a culpabilidade é a relação psicológica entre o fato e seu autor. Diante do delito, a culpabilidade vem a ser a parte interna do fato, isto é, um conjunto de elementos subjetivos do fato. A culpabilidade, como relação de causalidade psíquica, explica o resultado como produto da mente da pessoa. Dessa forma, o dolo e a culpa são a conexão psíquica entre o autor e o fato.

Assim, para essa concepção, o dolo e a culpa são as duas espécies que constituem a culpabilidade, e o seu pressuposto é a imputabilidade (PACELLI; CALLEGARI, 2017).

Contudo, alguns doutrinadores fazem algumas críticas em relação à teoria psicológica, a saber:

Mirabete e Fabbrini (2010) observam que na culpa consciente, que é quando a pessoa não prevê o resultado, não existe ligação psíquica entre o autor e o fato. Os atos humanos só serão penalmente relevantes quando a lei os previr, de modo que o dolo e a culpa, que existem em todos os atos voluntários que causam dano, não caracterizam culpabilidade se a lei não reprovar. Portanto, dolo e culpa não são modalidades da culpabilidade, mas sim elementos.

Prado (2014) observa que essa teoria não determinava de forma sistemática a imputabilidade, que ora aparecia como pressuposto da pena e ora como pressuposto do dolo e da culpa; não explicava a culpa consciente, à qual não existe relação

psíquica; não explicava o estado de necessidade exculpante, que mesmo que tivesse presente o dolo, não havia culpabilidade; não compreendia a culpa como conceito graduável; e adotava uma metodologia científica positivista naturalista e jurídica.

Jesus (2003) observou que dolo e culpa são fenômenos completamente diferentes, pois enquanto o dolo é querer (conceito positivo), a culpa é o não querer (conceito negativo), portanto, não podem ser espécies de um denominador comum, a culpabilidade. “Não se pode dizer que entre ambos o ponto de identidade seja a relação psíquica entre o autor e o resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo a culpa consciente” (JESUS, 2003, p. 460). A culpa é exclusivamente normativa, eis que é baseada no juízo que o magistrado irá analisar, isto é, se havia a possibilidade de prever o resultado, de forma que o dolo é um conceito psíquico, sendo assim, ambos não podem ser espécies de um denominador comum.

Igualmente, Bitencourt (2014, p. 443) observou que essa teoria trouxe uma dificuldade em abranger o conceito da culpabilidade no que se refere às suas espécies, dolo e culpa, principalmente na hipótese de culpa consciente. “Na sua forma mais elaborada, a dolosa, a previsão (elemento intelectual) deve estar acompanhada da vontade (elemento volitivo) [...]”. O doutrinador questiona como reunir, em um conceito superior, o dolo (elemento psicológico) e a culpa (elemento normativo) se são dois elementos absolutamente distintos.

Toledo (1987) observa que, com a descoberta da culpa inconsciente, também chamada de culpa sem previsão ou culpa derivada de ignorância, não há possibilidade de existir ligação psicológica entre a pessoa e o seu ato. Por exemplo, quando alguém está dirigindo em alta velocidade em lugar ermo e de repente atropela um pedestre que surge de forma inesperada. O doutrinador explica que não há vínculo psicológico, pois no exemplo citado, sequer houve previsão do resultado.

Por fim, Nucci (2006) observa que a principal falha dessa teoria é a inviabilidade de se demonstrar a inexigibilidade da conduta diversa, pois não se faz juízo de valor sob a conduta típica e antijurídica. Assim, por exemplo, “aquele que é imputável e atua com dolo, ainda que esteja sob coação moral e irresistível, poderia ser considerado culpável, o que seria ilógico” (NUCCI, 2006, p. 271).

3.1.2 Teoria normativa ou normativa psicológica

Segundo Toledo (1987), na teoria normativa da culpabilidade, Franck (1907) incluiu o elemento normativo ao conceito de culpa, isto é, um juízo de valor, a reprovabilidade do ato praticado. Assim, para um fato ser culpável não basta ser doloso ou culposo, é preciso haver uma censura sobre o autor do fato.

Dessa forma, explica o doutrinador supracitado, dolo e culpa deixam de ser espécies da culpabilidade para serem elementos:

Dentro desta concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente, um juízo de reprovação ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade; dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia e imprudência); exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme ao direito (TOLEDO, 1987, p. 211).

Portanto, a censura de culpabilidade será feita quando a pessoa que pratica um fato típico, ao praticar o ato, podia ter agido em conformidade com o direito, mas não o fez, mesmo estando, na circunstância, em condições de autodeterminação e compreensão (imputabilidade) para repelir a sua vontade e agir de forma diversa.

Segundo Jesus (2003), ao estudar o antigo art. 53 do Código Penal Alemão, Franck (1907) concluiu que nem todas condutas dolosas são culpáveis. Por exemplo, o sujeito que matar alguém em estado de necessidade terá cometido uma conduta culposa, porém, não culpável, pois estava diante de uma situação de inexigibilidade de outro comportamento, não sendo reprovável, portanto. O doutrinador frisa, então, que não somente nas condutas dolosas, mas também nas culposas, o elemento que irá caracterizar a culpabilidade será a reprovabilidade.

Quando não há possibilidade de se exigir outra conduta, tanto no dolo como na culpa, o fato não será culpável. Assim, a culpabilidade vem a ser um juízo de valoração sobre uma conduta dolosa (psicológico) ou culposa (normativo). Portanto, dolo e culpa não podem ser consideradas espécies da culpabilidade, mas sim seus elementos. Sendo assim, a teoria psicológico-normativa da culpabilidade contém o dolo como elemento psicológico e a culpa como elemento normativo (JESUS, 2003).

Conforme Greco (2014), a teoria psicológico-normativa agregou aos elementos subjetivos, elementos normativos. Dessa forma, para alguém ser punido por um fato

delituoso não bastava a presença do dolo ou da culpa, mas, nas circunstâncias em que se encontrava, podia exigir-lhe um comportamento que tivesse em conformidade com o direito.

Assim, a culpabilidade passou a ter na sua estrutura a imputabilidade: capacidade de responsabilizar alguém por praticar um fato típico. Para tanto, a pessoa precisa estar em plenas faculdades mentais para entender o caráter ilícito da sua conduta e determinar-se de acordo com esse entendimento; o dolo, que seria a vontade de realizar determinado ato proibido pela lei; a culpa, que seria uma vontade defeituosa; e o conceito da não exigibilidade de conduta diversa, que passou a ser uma causa de exclusão da culpabilidade (GRECO, 2014).

Conforme Nucci (2006), a teoria normativa, ou psicológico-normativa (causulista), acrescentou o juízo de reprovação social ou de censura, que se deve fazer ao sujeito que comete um fato delituoso, desde que aquele seja considerado imputável, tiver agido de forma dolosa ou culposa, bem como existir provas da exigibilidade e da possibilidade de agir conforme o Direito.

Prado (2014) explica a teoria psicológico-normativa, ou normativa complexa, conforme a definição dos principais estudiosos, a saber:

Para Franck (1907), culpabilidade não se exauri na ligação psicológica entre o sujeito e o resultado. “Acrescenta, então, à imputabilidade, ao dolo e à culpa, a normalidade e a concomitância das circunstâncias [...] nas quais o agente praticou a conduta delitiva” (PRADO, 2014, p. 348). Assim, a culpabilidade é um juízo de valor que se faz em relação ao autor do fato, frente às circunstâncias em que agiu.

Consoante Goldschmidt (1913), a culpabilidade não é uma relação psíquica, do contrário, é uma valoração do fato típico e essa valoração se dá conforme o que a norma exige. Esse estudioso coloca em um único plano a imputabilidade, o dolo e a culpa, e a exigibilidade da conduta diversa vai depender de como o autor do fato se encontrava no momento do ato, isto é, as suas motivações.

Para Freudenthal (1922), a reprovabilidade da conduta da pessoa vai depender se ele tinha a possibilidade de agir de forma diversa quando da prática do ato. “A

exigibilidade de outra conduta exclui a reprovação, servindo de base para a exclusão de toda culpabilidade” (PRADO, 2014, p. 349).

E, por fim, Mezger (1932) considerava a culpabilidade como uma situação fática e de juízo axiológico. A culpabilidade é pressuposto da pena, visto que é uma reprovabilidade pessoal que se faz do autor do fato antijurídico, bem como é um juízo valorativo sobre uma situação de fato.

Conforme Mirabete e Fabbrini (2010), na teoria psicológica-normativa o vínculo psicológico que o dolo e a culpa têm entre a pessoa e o fato devem ser valorados normativamente. Deve haver um juízo de censura sobre o ato delituoso, de forma que, se não havia a possibilidade de a pessoa agir em conformidade com a norma nas circunstâncias em que se encontrava, o fato será censurável.

Assim, a culpabilidade exige o dolo e a culpa como seus elementos, bem como a reprovabilidade, que vem a ser um juízo de valor que se faz sobre o fato. Ressaltando que o ato só será censurável se a pessoa possuía consciência da ilicitude ou tinha a possibilidade de conhecê-lo (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Bitencourt (2014) menciona que nessa teoria o dolo e a culpa deixam de ser espécies da culpabilidade para serem seus elementos, bem como a imputabilidade e a exigibilidade da conduta diversa. Admite também condutas dolosas, mas não culpáveis, como é o caso da legítima defesa, na qual a pessoa age com dolo, mas sua conduta não é censurável. Além disso, o dolo de elemento psicológico (vontade e previsão) passa a ser também normativo (consciência da ilicitude).

Nessa concepção, a culpabilidade é algo externo à pessoa, é um juízo de valoração que se faz diante do seu ato. O autor de um fato típico e ilícito sofre uma censura através dos elementos da culpabilidade (BITENCOURT, 2014).

Conforme Brandão (2010), para essa teoria a culpabilidade deixa de ser um vínculo psíquico entre a pessoa e o fato e passa a ser um juízo de reprovação sobre a pessoa, por não ter agido conforme o ordenamento jurídico. O doutrinador destaca que mesmo que esse juízo recaia sobre uma realidade psicológica, essa realidade será normatizada pelo direito.

De acordo com Côelho (2015), a teoria psicológico-normativa incorporou na estrutura do conceito de culpabilidade, além do dolo e da culpa, a imputabilidade e a exigibilidade da conduta diversa.

Brandão (2010, p. 230) ainda explica que essa teoria adota o conceito romano de dolo, no qual “o dolo é um elemento da culpabilidade, ao lado da culpa, e é considerado como vontade e previsibilidade aliadas ao elemento normativo consciência da antijuridicidade”.

Ainda conforme o doutrinador supracitado, nessa concepção a consciência da ilicitude tem posição fundamental na culpabilidade, que é a censura que se faz sobre o fato, eis que o indivíduo podia conhecer a ilicitude do seu ato.

3.1.3 Teoria normativa pura, extrema ou estrita

Para Nucci (2006, p. 272), na teoria pura, ou finalista, “a conduta sob a ótica do finalismo é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade”. Assim, toda ação realizada pelo homem tem uma finalidade, que será analisada sob o aspecto do dolo ou da culpa. Partindo dessa premissa, após prévio conhecimento da finalidade da ação ou omissão, adentra-se na análise do dolo ou da culpa, que se encontram na tipicidade e não na culpabilidade.

Portanto, para essa teoria, a culpabilidade é um juízo de reprovação social que recai sobre a conduta criminosa e seu autor, ressaltando que o autor do fato deve ser imputável, ter consciência da ilicitude do seu ato e haver exigibilidade de agir conforme o Direito (NUCCI, 2006).

Para Greco (2014, p. 387), na teoria da ação final “toda conduta humana vem impregnada de finalidade, seja esta lícita ou ilícita. Partindo dessa premissa, o dolo não podia ser analisado em sede de culpabilidade”. O dolo foi afastado da normatividade (a consciência sobre a ilicitude do fato) e passou a fazer parte da tipicidade.

O doutrinador explica que o elemento subjetivo passou a fazer parte da ação, porque é através dela que se verifica a finalidade do autor. Assim, para adequar a

conduta ao tipo penal é necessário saber qual finalidade o autor do fato pretendia obter com sua ação ou omissão.

Outrossim, o dolo e a culpa foram extraídos da culpabilidade e passaram a fazer parte da conduta da pessoa, caracterizando o fato típico. Assim, o dolo deixou de ter caráter normativo para ser somente algo natural. Porém, permaneceram na culpabilidade a consciência de ilicitude, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa (GRECO, 2014).

Em suma, restaram na culpabilidade somente os elementos normativos, isto é, imputabilidade; potencial consciência da ilicitude do fato; e exigibilidade da conduta diversa, “razão pela qual a teoria final é reconhecida como uma teoria normativa pura” (GRECO, 2014, p. 389).

Segundo Prado (2014, p. 351), para essa teoria a culpabilidade é considerada como um juízo de reprovação do fato típico, quando o autor do fato podia ter agido de modo diverso. Dessa forma, o autor, ao invés de agir de forma ilícita, poderia ter agido em conformidade com a norma, mas por vontade própria assim não o fez. “É sempre culpabilidade de vontade, só podendo ser culpável o indivíduo dotado de vontade livre (poder de agir voluntariamente)”.

Assim, são excluídos do conceito de culpabilidade os elementos subjetivos, anímicos e psicológicos, que passam a integrar a tipicidade. Porém, continua o elemento valorativo, isto é, censurabilidade ou reprovabilidade, que se dá sobre a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa (PRADO, 2014).

Conforme Mirabete e Fabbrini (2010), na teoria da culpabilidade, ou teoria normativa pura, o dolo e a culpa passaram a integrar a conduta humana, e a culpabilidade, então, é formada por elementos normativos, isto é, a reprovabilidade da conduta.

Contudo, os doutrinadores ressaltam que o princípio da culpabilidade compreende que toda pena presume culpabilidade, sendo assim, ninguém pode ser penalizado sem ter atuado com culpabilidade, bem como a pena deve ser proporcional à culpa da pessoa. “Por isso, tem-se entendido que em nenhum caso se pode admitir,

nem por razões ressocializadoras, nem de proteção da sociedade diante do delinquente, ainda que perigoso, uma pena superior ao que permite a culpabilidade” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 183).

Atualmente, cresce a ideia de que o dolo e a culpa não podem ser tirados definitivamente do conceito de culpabilidade, pois o dolo ocupa duas posições, a saber: “como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas (no fato típico) [...] e como portador do desvalor da atitude interna que o fato expressa” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 183). Consoante exemplificam os doutrinadores, a apreciação da culpabilidade como circunstância para a fixação da pena no art. 59 do Código Penal, inclui a intensidade do dolo e o grau de culpa.

Conforme Jesus (2003, p. 462), a teoria normativa pura da culpabilidade, denominada também de extrema ou estrita, exclui o dolo da culpabilidade, que passa a integrar a tipicidade, bem como exclui do dolo a consciência da ilicitude, que passa a integrar a culpabilidade. Assim, a culpabilidade compõe-se dos seguintes elementos: “imputabilidade; possibilidade de conhecimento do injusto (potencial consciência da ilicitude); e exigibilidade da conduta diversa”.

O doutrinador explica que a valoração no juízo de culpabilidade e no juízo de ilicitude se dá da seguinte forma:

No juízo de culpabilidade a valoração é feita da seguinte forma: o sujeito *devia* agir de acordo com a norma porque *podia* atuar de acordo com ela. No juízo de ilicitude, a situação valorativa é a seguinte: o sujeito agiu em desacordo com a norma, deixando aberta a questão: *podia* ter agido de forma diferente? (JESUS, 2003, p. 463).

Desse modo, consoante explica Jesus (2003), a vontade da conduta, que é fator psicológico, conforme a teoria finalista, corresponde ao dolo, mas um dolo natural, ou seja, não é normativo, não é revestido de consciência da antijuridicidade.

Segundo Toledo (1987), toda ação humana tem uma finalidade, e esse elemento intencional, em conjunto com a ação, é o dolo. Através do exemplo de uma tentativa de homicídio com ferimentos no corpo da vítima, o doutrinador explica que externamente não há o que diferencie essa tentativa de homicídio de um crime de lesão corporal. Porém, o fator que faz essa diferenciação para que o ferimento deixe

de ser crime de lesão corporal e transforme-se em um tipo mais gravoso, é a intenção, isto é, o dolo de matar que a pessoa tinha com a sua ação.

Portanto, o dolo, que é o elemento intencional, faz parte da ação humana e não da culpabilidade. Assim, dolo e culpa, em *stricto sensu*, foram retirados do conceito de culpabilidade e incluídos no conceito de ação (TOLEDO, 1987).

Segundo Côelho (2015), a teoria normativa pura trouxe conceitos puramente normativos, bem como a ideia de capacidade para distinguir entre o permitido e o proibido, de forma que a pessoa pode, assim, evitar o resultado.

O sistema finalista de Hans Welzel retirou o dolo e a culpa da culpabilidade e os colocou na tipicidade, “posto que eram vistos como decorrentes da conduta humana que integrava o tipo penal, ontologicamente determinado” (Côelho, 2015, p. 224/225). Assim, o elemento subjetivo que conduzia a estrutura da culpabilidade é excluído, adotando-se o dolo natural.

Segundo Brandão (2010), na teoria normativa pura foi excluído da culpabilidade o elemento psicológico, que passou a fazer parte da ação, deixando somente elementos normativos, isto é, potencial consciência da ilicitude, imputabilidade e exigibilidade da conduta diversa.

3.1.4 Teoria limitada

Conforme Capez (2017), a teoria estrita ou extremada da culpabilidade ou teoria limitada da culpabilidade, derivam da teoria normativa pura, porém, com algumas divergências no que se refere às descriminantes putativas.

Para a teoria extremada, “toda espécie de descriminante putativa, seja sobre os limites autorizadores da norma (por erro de proibição), seja incidente sobre situação fática pressuposto de uma causa de justificação (por erro de tipo) é sempre tratada como erro de proibição” (CAPEZ, 2017, p. 325).

Para a teoria limitada da culpabilidade, “o erro que recai sobre uma situação de fato (descriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto o que incide sobre a

existência ou limites de uma causa de justificação é o erro de proibição” (CAPEZ, 2017, p. 325).

Igualmente, Jesus (2003) ensina que a teoria limitada da culpabilidade é uma modalidade da teoria pura. Explica que a teoria extrema e a teoria limitada concordam sobre os seguintes aspectos: o erro de proibição exclui o dolo e a culpabilidade; o erro de tipo não exclui o dolo; o dolo constitui elemento subjetivo do tipo; a consciência de ilicitude pertence à culpabilidade; e exigência de mera possibilidade de conhecimento do injusto.

Porém, a teoria extrema e a teoria limitada divergem no que se refere às discriminantes putativas. Vejamos:

Para a teoria extrema da culpabilidade, mesmo nesses casos subsiste o dolo, absolvendo-se o agente no caso de ser inevitável a ignorância da ilicitude. A teoria limitada, porém, faz distinções entre a ignorância da ilicitude por erro que recai sobre a regra de proibição e a ignorância da ilicitude por erro incidente sobre a situação de fato (JESUS, 2003, p. 465).

Dessa forma, quando por erro o sujeito acredita que existe uma norma que torna a sua conduta legítima (erro sobre a regra de proibição), pela teoria limitada vai existir o dolo, mas o sujeito será absolvido nos casos em que o erro for inevitável. Porém, quando o erro incide sobre a situação de fato, o qual o sujeito acredita estar agindo sob uma excludente da ilicitude, o dolo será excluído e o sujeito responderá por crime culposos (JESUS, 2003).

Portanto, de acordo com essas teorias, há erro de proibição quando o erro recai sobre a norma de proibição, o qual subsiste o dolo, a culpabilidade poderá ser excluída ou anulada, e há erro de tipo quando o erro recai sobre a situação de fato (ignorância da ilicitude), o qual não subsiste o dolo e o sujeito pode responder por crime culposos (JESUS, 2003).

Bitencourt (2014) explica que a teoria limitada da culpabilidade e a teoria extremada da culpabilidade possuem tanto aspectos comuns como aspectos divergentes. Em comum, ambas colocam o dolo na tipicidade e a consciência da ilicitude na culpabilidade; adotam o erro de tipo como excludente do dolo e admitem o crime culposos, quando for o caso; e defendem o erro de proibição inevitável como causa de exclusão de culpabilidade.

Porém, Bitencourt (2014, p. 508) explica que divergem “quando o erro recai sobre as chamadas causas de justificação”. Para a teoria extremada, é erro de proibição quando o erro recai sobre uma causa de justificação. Mas a teoria limitada faz uma distinção dividindo o erro em duas espécies: o erro de tipo permissivo e o erro de proibição. Aquele recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação e, nesse caso, o dolo será excluído, porém a pessoa pode ser punido por crime culposos, se houver previsão legal. Este recai sobre a existência ou abrangência de uma causa de justificação e, nesse caso, a culpabilidade é excluída, se o erro for inevitável, ou atenuada a pena, se o erro for evitável.

Toledo (1987) ensina as teorias extremada e limitada subdividindo-as em teoria extremada do dolo e teoria extremada da culpabilidade; e teoria limitada do dolo e teoria limitada da culpabilidade.

Na teoria extremada do dolo, o dolo está na culpabilidade e a consciência da ilicitude no próprio dolo. O doutrinador explica que esse dolo é normativo, pois é uma vontade, uma previsão e um conhecimento da pessoa de que está praticando conduta proibida na norma penal.

Essa teoria exclui o dolo, tanto do erro de proibição como do erro de tipo, mas a pessoa pode ser punido na forma culposa. Porém, Toledo (1987) ressalta que essa teoria perdeu adeptos devido às dificuldades de aplicá-la na prática.

A teoria limitada do dolo diverge da extremada em alguns aspectos: “substitui o conhecimento atual da ilicitude pelo conhecimento potencial; além disso, exige a consciência da ilicitude material, não puramente formal” (TOLEDO, 1987, p. 271).

Toledo (1987) destaca que o estudioso Mezger acrescentou nessa teoria a chamada “culpabilidade pela condução de vida”, que possibilitava a condenação da pessoa não pelo que ele fez, mas pelo o que ele é, “daí derivando em linha reta um direito penal de autor de consequências imprevisíveis [...]” (TOLEDO, 1987, p. 271). Essa teoria, de acordo com o doutrinador, também perdeu adeptos.

A teoria extremada da culpabilidade reelaborou os conceitos de dolo e culpabilidade da doutrina finalista. Assim, a vontade e a previsão do resultado (dolo do fato) saem da culpabilidade para fazer parte do injusto, isto é, do tipo legal. A

consciência da ilicitude passa a ser pressuposto do juízo de censura na culpabilidade. Além disso, essa teoria passou a adotar a consciência potencial da ilicitude (TOLEDO, 1987).

Dessa forma, no erro de tipo o dolo é excluído, mas a pessoa pode ser punido por fato culposos, se a norma penal assim previr. Conforme o doutrinador explica, isso é possível porque se o dolo está no tipo e não na culpabilidade, “a exclusão do dolo deixa intacta a culpabilidade, não afetando, portanto, um possível aperfeiçoamento da culpabilidade por crime culposos” (TOLEDO, 1987, p. 272).

Porém, no erro de proibição a consciência da ilicitude é anulada, eis que passou a fazer parte da culpabilidade, e é por isso que no erro de proibição, quando inevitável, a culpabilidade é excluída. No erro de proibição, se inevitável, a pessoa não é condenada, nem por dolo nem por culpa, pois não há crime sem culpabilidade, porém, se evitável a pena pode ser atenuada (TOLEDO, 1987).

Na teoria limitada da culpabilidade, diferentemente da teoria extremada da culpabilidade, há a distinção entre as duas espécies de erro. Uma recai sobre os pressupostos fáticos, isto é, erro de tipo permissivo, que exclui o dolo, mas permite que a pessoa seja punida por crime culposos, se a lei permitir. A outra espécie recai sobre a existência ou os limites de justificação, isto é, erro de proibição, o qual, se inevitável, exclui a culpabilidade ou se era evitável atenua a pena (TOLEDO, 1987).

A teoria limitada da culpabilidade é a adotada pelo Código Penal brasileiro. Conforme o art. 20, § 1º, do mesmo diploma legal, as descriminantes putativas fáticas são tratadas como erro de tipo, e, conforme o art. 21, as descriminantes por erro de proibição ou erro de proibição indireto, são consideradas erro de proibição (CAPEZ, 2017).

Dotti (2010, p. 430) explica que a partir da reforma do Código Penal, em 1984, passou-se a adotar a concepção normativa pura, “porque exige do sujeito imputável e capaz de adquirir a consciência da ilicitude de seu proceder, uma conduta adequada ao comandos jurídicos-penais”. Ressaltando que, conforme o art. 21, segunda parte do mesmo diploma legal, sob o aspecto psicológico, a pessoa que não possui condições de compreender a ilicitude do fato, se for inevitável, será isentado de pena.

Conforme Capez (2017), segundo a teoria do Código Penal, os elementos da culpabilidade são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

3.2 Imputabilidade penal

É mister trazer o estudo da capacidade de culpabilidade, eis que através dela também se determina a incapacidade ou capacidade relativa de culpabilidade da pessoa, isto é, a imputabilidade, a inimputabilidade e a semi-imputabilidade (SANTOS, 2007).

Conforme Brandão (2010, p. 247), a imputabilidade é a capacidade que o sujeito tem de sofrer um juízo de reprovação social. “É o conjunto de condições pessoais que possibilitam a censura pessoal”. O imputável compreende o que a sua conduta representa e seus atos são regidos com liberdade de entendimento e vontade.

O conceito de imputabilidade é feito de forma negativa, eis que o Código Penal brasileiro trata somente da inimputabilidade, conceituando-a em seus arts. 26 a 28, portanto, se o sujeito não tiver os requisitos da inimputabilidade, será considerado imputável (BRANDÃO, 2010).

Conforme Santos (2007), a pessoa apta a ser culpável é aquele que possui níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, de forma que consigam compreender a ilicitude de seus atos e de comportar-se de acordo com essa compreensão.

O Código Penal brasileiro impõe os seguintes critérios: a pessoa precisa ter no mínimo 18 anos para ser biologicamente capacitado para lhe ser atribuído culpa (CP, art. 27) e aparelho psíquico sem defeitos funcionais ou constitucionais que possam interferir na capacidade de compreender a natureza ilícita de suas ações, bem como de se comportar conforme esse entendimento (CP, art. 26, § único), conforme discorre Santos (2007).

Portanto, os indivíduos com 18 anos completos e portadores de desenvolvimento mental normal possuem capacidade geral ou abstrata de

culpabilidade, isto é, a imputabilidade. Já os indivíduos que tiverem a capacidade penal anulada são considerados inimputáveis. Os que tiverem a capacidade penal diminuída são considerados semi-imputáveis (SANTOS, 2007).

Zaffaroni e Pierangeli (2008) explicam que o conceito de imputabilidade é bem amplo, tanto que lhe foi atribuída diversos posicionamentos. Para alguns doutrinadores, trata-se de uma total incapacidade psíquica para o delito, de forma que se situa antes do cometimento do delito. Para outros, a imputabilidade não faz parte do delito, mas da teoria da sanção, de forma que, ausente a imputabilidade da pessoa, aplica-se a medida de segurança, e não uma pena.

Na posição dos doutrinadores supracitados, a imputabilidade, no geral, serve para determinar a “capacidade psíquica de culpabilidade” (ZAFFARONI; PIERANGELI 2008, p. 535). Ademais, para uma conduta ser reprovável, é indispensável que ele tenha agido com algum grau de capacidade que lhe permitia autodeterminar-se.

Dessa forma, conforme Jesus (2003, p. 469), “a imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.

O sujeito que tem desenvolvimento mental em perfeito estado de saúde, de forma que compreenda o caráter ilícito do seu ato, bem como comporta-se de acordo com esse entendimento, é considerado imputável. Caso seja portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, de forma que no momento da ação ou omissão não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, consoante preceitua o art. 26, caput, do Código Penal, será considerado inimputável (JESUS, 2003).

Segundo explica Muñoz (1988), para atribuir culpa ao sujeito que praticou fato típico e antijurídico é necessária a presença de alguns requisitos: o sujeito deve ter capacidade para se sentir motivado pela norma, ter conhecimento do seu conteúdo ou conforme a circunstância que se encontrar, poder ser orientado de forma clara pela norma jurídica.

Porém, existem sujeitos que, devido a sua falta de maturidade, distúrbio psíquico, ignorância da norma ou por se encontrar em situação que não lhe permite

agir conforme o ordenamento jurídico, não possuem capacidade de culpabilidade, de modo que o autor do fato típico e antijurídico não poderá sofrer com penalidades (MUÑOZ, 1988).

Dessa forma, a culpabilidade possui elementos específicos para atribuir culpa a alguém. Um desses elementos é a chamada imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, isto é, “[...] se referem à maturidade psíquica e à capacidade do sujeito para se motivar (idade, doença, mental etc.). É evidente que, se não há as faculdades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, não pode haver culpabilidade (MUÑOZ, 1988, p. 132).

Consoante a teoria da imputabilidade moral, ou seja, o livre arbítrio, o homem é um ser inteligente e livre, podendo escolher entre o certo e o errado, e, para tanto, é que se pode atribuir a responsabilidade dos atos ilícitos por ele praticados, a chamada imputação, da qual se tem origem o termo imputabilidade, que é o pressuposto da culpabilidade (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Portanto, a imputabilidade é a aptidão para ser culpável, assim, só é imputável o sujeito que é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento. É necessário que o sujeito tenha capacidade psíquica de compreender a antijuridicidade do fato e a de adequar essa conduta a sua consciência (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Igualmente, Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 538) discorrem que “a imputabilidade é a capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação, composta da capacidade de compreender a antijuridicidade da conduta e de adequá-la de acordo com esta compreensão”.

Para tanto, é preciso verificar se o sujeito possuía algum grau de capacidade psíquica para se autodeterminar, ou seja, entender a antijuridicidade de sua conduta e de agir conforme essa compressão. Essa capacidade psíquica é a chamada imputabilidade. “[...] a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento” (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Mirabete e Fabbrini (2010) ressaltam ainda que para alguns doutrinadores a imputabilidade não é elemento da culpabilidade, mas sim pressuposto.

Conforme Nucci (2006, p. 276/277), imputabilidade “é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento”. As condições pessoais da pessoa são formadas pela sanidade mental e pela maturidade.

O doutrinador ressalta que os arts. 26 a 28 do Código Penal são os que preceituam a imputabilidade penal, não conceituando, mas fixando as causas de exclusão da imputabilidade penal.

Nucci (2006) reafirma que são dois os elementos pessoais da pessoa para compreensão, sanidade mental e maturidade, explicando-os da seguinte forma:

[...] I) *higidez biopsíquica*: (saúde mental + capacidade de apreciar a criminalidade do fato); II) *maturidade* (desenvolvimento físico-mental) que permite ao ser humano estabelecer relações sociais bem adaptadas, ter capacidade para realizar-se distante da figura dos pais, conseguir estruturar as próprias ideias e possuir segurança emotiva, além de equilíbrio no campo sexual) (NUCCI, p. 277).

Assim, no Brasil a verificação da maturidade é feita pelo critério cronológico, sendo necessário que o sujeito seja maior de dezoito anos. Já o critério para averiguar a inimputabilidade é o biopsicológico (NUCCI, 2006).

Imputabilidade, de acordo com Noronha (1998, p. 164), “é o conjunto de requisitos pessoais que conferem ao indivíduo capacidade, para que, juridicamente, lhe possa ser atribuído um fato delituoso”. Consoante o que dispõe o Código Penal em seu art. 26, o sujeito imputável é aquele que tem capacidade de entender o caráter ilícito dos seus atos e de determinar-se conforme esse entendimento.

Conforme Capez (2017, p. 326), imputabilidade “é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. A pessoa deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais [...]”. Porém, para esse doutrinador não basta que o sujeito tenha discernimento para autodeterminar-se, mas é necessário também que esse sujeito consiga ter controle de sua vontade.

Exemplificando, o caso de um viciado em drogas que comete furtos para sustentar o seu vício. Esse usuário tem consciência de que o seu ato de furtar é ilícito,

mas, como não consegue controlar o impulso de consumir a droga, é coagido a praticar os furtos “tornando-se um escravo de sua vontade, sem liberdade de autodeterminação e comando sobre a própria vontade, não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade” (CAPEZ, 2017, p. 326).

Em suma, a imputabilidade vem a ser um juízo de valoração geral que se faz sobre o autor do fato, é a capacidade volitiva do autor (JESUS, 2003).

Porém, a legislação penal brasileira traz algumas causas de exclusão da imputabilidade, a saber:

A) Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26); b) embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior (CP, art. 28, § 1º); c) dependência ou intoxicação involuntária decorrente do consumo de drogas ilícitas (Lei n. 11.343/2006, art. 445, caput); d) menoridade (CP, art. 27, e CF, art. 228) (ESTEFAM, 2015, p. 284).

Conforme Estefam (2015), as três primeiras são baseadas no critério biopsicológico, e a última, no critério biológico.

Abdala e Chalub (2016) explicam que a legislação brasileira se utiliza de dois critérios para aferir inimputabilidade ao sujeito. O primeiro é o critério cronológico, conforme art. 27 do CP, que dispõe que os menores de 18 anos são inimputáveis. O segundo é o biopsicológico, conforme art. 26, § único do mesmo diploma legal, que confere inimputabilidade ou semi-imputabilidade aos sujeitos maiores de 18 anos, mas que são incapazes por possuírem transtornos mentais.

Os estudiosos supracitados explicam que a aplicação do critério biopsicológico se dá da seguinte forma:

Verificação da existência ou não de transtorno mental - o exame de sanidade mental deverá avaliar se o acusado apresentava transtorno à época do fato e, em caso afirmativo qual transtorno;

Constatação de nexo ou relação de causalidade – é necessário que entre o transtorno mental e o fato indigitado houvesse relação de causa e efeito, ou seja, a ação ou omissão delituosa foi consequência ou expressão sintomatológica do transtorno mental;

Avaliação da capacidade de entendimento – caso existe o transtorno mental, e caso o fato criminoso estava a ele conectado, é necessário verificar se tal situação aboliu ou reduziu, à época do crime, a capacidade de entendimento do caráter ilícito da ação ou omissão; e

Avaliação da capacidade de determinação – uma vez considerada normal a capacidade de entendimento, e havendo transtorno mental e nexo de causalidade, verifica-se, finalmente, se ocorreu a abolição ou redução da capacidade de determinação ou de autogoverno (ABDALA; CHALUB, 2016, p. 207).

Contudo, os estudiosos explicam que além dos exames e avaliações clínicas, pessoais e familiar, o perito deve atentar-se também à criminogênese, que tem o objetivo de esclarecer o porquê daquele comportamento criminoso, e à criminodinâmica do caso, que estuda o comportamento do criminoso durante o *iter criminis*.

Conforme Capez (2017), existem três critérios para aferição da inimputabilidade, a saber: biológico, psicológico e biopsicológico. O Biológico consiste em conferir se a pessoa é portadora de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; o psicológico consiste em conferir se, no momento do fato criminoso, a pessoa tinha condições de avaliar o caráter ilícito do seu ato e de autodeterminar-se conforme esse entendimento; e o biopsicológico é a união dos critérios biológico e psicológico, o qual exige que a causa excludente da imputabilidade esteja prevista em lei, bem como esteja presente na ação delituosa de forma a tirar da pessoa a capacidade de entendimento e vontade.

Ademais, conforme explicam Mirabete e Fabbrini (2006, p. 213), a imputabilidade é atribuída no momento em que a pessoa pratica o fato delituoso. Portanto, “é inimputável aquele que, ao tempo da ação ou omissão, não tem capacidade de entendimento e autodeterminação”.

Os doutrinadores ressaltam que a pessoa que passar a ser acometida por alguma doença mental após a prática do delito, ainda assim responderá pelo crime praticado, porém, a pena só será executada quando a pessoa não necessitar mais ficar internado em estabelecimento adequado.

Igualmente é o que se vê na decisão a seguir colacionada, na qual o Réu alega passar por tratamento psiquiátrico devido à depressão e, com isso, pretende afastar a sua responsabilidade penal. Porém, o tratamento iniciou-se após o fato criminoso. Vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS GRAVE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE

CULPOSA. INVIÁVEL. INCAPACIDADE PARA OCUPAÇÕES HABITUAIS. PERIGO DE VIDA. **IMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE AFASTADAS.** DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO OUS SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. 1. A materialidade se encontra devidamente comprovada considerando o boletim de ocorrência, o auto de exame de corpo de delito, fotografias das lesões provocadas na vítima, laudo neurológico, auto de exame de corpo e delito, que analisadas em conjunto oferecem suporte para poder se concluir pela sua ocorrência. A autoria, por sua vez, diante dos relatos prestados pela vítima, suas filhas e do próprio acusado, encontra-se evidenciada, guardando coerência com as demais provas. 2. Não prospera o pleito defensivo de desclassificação do delito para o de lesão corporal culposa, fundamentado na ausência de dolo de lesionar na conduta do acusado. O auto de exame de corpo de delito, o qual atesta que de fato houve ofensa à integridade corporal da vítima, aliado ao depoimento da vítima, mostra que são suficientes a comprovar a existência das lesões praticadas intencionalmente contra a ofendida. Sentença condenatória mantida. 3. No tocante a alegação da defesa de que não restou configurado no laudo pericial que a vítima tenha ficado incapacitada de suas ocupações habituais por tempo superior a 30 dias, verifica-se que a lesão ou sua gravidade pode ser suprida pela prova testemunhal e demais elementos dos autos. Precedente do STF. A palavra da vítima, as fotografias, os relatos das filhas do casa e a indicação no auto de exame de corpo e delito que a ofendida possuía "dificuldade para deambular", atesta a ocorrência do inciso I, do §1º, do artigo 129, do Código Penal. Mantida a qualificadora. **4. Da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu. O atestado juntado aos autos, onde comprova que o réu encontra-se em tratamento psiquiátrico, não serve como Laudo Psiquiátrico, uma vez que não contem o CID da doença, bem como indica o início do tratamento após o fato denunciado, portanto, não há como ter certeza que o réu estivesse acometido de "depressão" na data dos fatos e que tal fato tenha alterado o seu comportamento a ponto de afastar a tipicidade.** Ademais, quisesse a defesa pleitear a diminuição da pena, diante de semi-imputabilidade, ou de aplicação de medida de segurança - já que a inimputabilidade não leva à absolvição -; deveria ter requerido realização de incidente de insanidade mental, o que não o fez. 5. A justificativa despendida para a valoração negativa das circunstâncias do crime não se mostra adequada. O fato de o acusado ter se aproveitado da situação de vulnerabilidade da vítima por ser mulher, em razão de sua superioridade física, bem como da pouca ou inexistente resistência oferecida pela vítima, perseguindo-a e impossibilitando sua defesa, não é condição do próprio tipo penal, mas por ter sido considerada como agravante do artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, configura bis in idem. Afastada a vetorial consequências do crime. 6. Mantida uma das qualificadoras do §1º, do artigo 129, do Código Penal, como consequência negativa e a culpabilidade, uma vez que o magistrado a quo apontou a dita reprovabilidade que legitima o aumento da pena-base ao considerar grave as consequências do delito, em especial pelo perigo de vida submetida à vítima. Redimensionamento da pena-base, com a utilização do termo médio. 7. Na segunda fase de aplicação da pena, mantida a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, é originária da Lei n. 11.340/06, com o intuito de agravar as penas dos crimes cometidos neste âmbito. Mantido patamar de aumento. 8. O réu não atende aos requisitos impostos pelo artigo 44, inciso I, do Código Penal, visto que o delito foi praticado com violência e incabível a concessão do benefício da suspensão condicional da pena, porquanto a teor do disposto no artigo 77, do Código Penal, o réu não preenche os aludidos requisitos, uma vez que valorada negativamente as vetoriais culpabilidade e consequências do delito. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. (Apelação Crime Nº 70073007510, Terceira Câmara Criminal,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 30/11/2017). Grifei

Portanto, apresentar atestado que comprova tratamento psiquiátrico que se iniciou após o cometimento do delito, por si só, não é o suficiente para afastar a responsabilidade penal.

Ademais, no caso em tela o Réu nem ao menos apresentou laudo psiquiátrico com a indicação da CID, conforme ressalta o Desembargador Relator. Além disso, não há prova que comprove que o Réu estava acometido de depressão no momento da ação a tal ponto de não conseguir compreender a ilicitude de seu ato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

4 IMPUTABILIDADE E PENA: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E DE POLÍTICA CRIMINAL

Todo sujeito que cometer ato delituoso e que, conseqüentemente, for condenado por uma sentença criminal, terá que cumprir pena definida pelo Código Penal no tipo incriminador da conduta praticada e aplicada pelo juiz nos termos do art. 59 do respectivo diploma legal.

Contudo, nem todos delinquentes são passíveis de cumprimento de pena em estabelecimento prisional comum.

Às pessoas considerados imputáveis será imposta uma pena de natureza retributiva, baseada na sua culpabilidade, e que será cumprida em estabelecimento prisional por tempo determinado, conforme imposição do juiz.

Já as pessoas considerados inimputáveis devem ser tratados de forma diferenciada por serem pessoas que possuem algum distúrbio psiquiátrico, e, por isso, devem ser submetidos às medidas de segurança previstas nos arts. 96 a 99 do Código Penal.

Porém, diferentemente das penas criminais, as medidas de segurança têm natureza preventiva e são baseadas na periculosidade da pessoa, bem como possuem prazo indeterminado.

No entanto, na prática, por vezes há falhas no sistema quando se trata da aplicação da pena às pessoas portadores de doença mental. Seja por falta de laudo pericial, seja por falta da iniciativa do juiz que pode, de ofício, requerer tal avaliação,

ou por falta de vagas nos hospitais de custódia, que, como consequência, gera o confinamento dessa pessoa inimputável em estabelecimento prisional comum, deixando-o sem o devido acompanhamento psiquiátrico.

Portanto, no quarto capítulo far-se-á uma descrição sobre a evolução da criminologia e suas escolas, uma descrição dos perfis criminológicos, bem como uma análise sobre a imputabilidade penal e a execução da pena de indivíduos que possuem transtornos biopsicologicos.

4.1 Evolução da criminologia e escolas criminológicas

É necessário trazer à baila a ciência criminológica, uma vez que, atualmente, o estudo do criminoso e seus comportamentos tem sido de grande proveito para as pesquisas psiquiátricas, psicológicas, sociológicas, antropólogas, bem como no campo do Direito. Hoje em dia existe uma preocupação dos profissionais da área médica em investigar e observar os infratores que sofrem com distúrbios de sintomas inequívocos (SHECAIRA, 2013).

Segundo o mesmo doutrinador, a criminologia é um estudo ligado à explicação da infração legal, os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes, a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade, e o enfoque no autor desses fatos desviantes, utilizando-se do método empírico e interdisciplinar. A criminologia busca conhecer a realidade para depois explicá-la. Em suma, a criminologia tem por objeto o estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social.

Ademais, tanto o direito penal como a criminologia têm por objeto o estudo do crime, porém, Penteado Filho (2010) esclarece que ambos possuem enfoques diferentes. Enquanto o direito penal é ciência normativa, que considera o crime uma conduta anormal à qual deve ser fixada uma pena, conceituando-o como uma conduta de ação ou omissão, típica, antijurídica e culpável, para a criminologia, crime é um problema social, sendo considerado um fenômeno comunitário.

O doutrinador ressalta que, atualmente, a criminologia está dividida em quatro vertentes: delito, delinquente, vítima e controle social.

Quanto ao delito, Penteado Filho (2010) discorre que a criminologia faz uma análise da conduta antissocial, suas causas geradoras e o tratamento dado ao delinquente com o intuito de evitar a reincidência e as falhas que houveram no que tange à prevenção. Sendo assim, o crime é um fenômeno social, comunitário e com uma problemática maior, que exige do pesquisador uma melhor compreensão.

A vítima, para Penteado Filho (2010), tem papel fundamental para o estudo sobre a estrutura do delito, principalmente em razão dos problemas de ordem moral, psicológica e jurídica, e em relação aos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça.

Mirabete e Fabbrini (2010) trazem a colaboração do estudo da vítima sobre a perspectiva de que forma ela colabora com o ato criminoso. De acordo com pesquisas realizadas por Von Henting, podem existir as “vítimas natas”, caracterizadas como pessoas com personalidades insuportáveis, sarcásticas e irritantes, homossexuais, prostitutas etc. Ainda, conforme destacam esses doutrinadores, os estudos realizados sobre o comportamento das vítimas serviram, inclusive, para as circunstâncias a serem consideradas pelo juiz ao fixar a pena do autor do fato pelo art. 59 do Código Penal.

O controle social, por sua vez, é um conjunto de mecanismos e sanções sociais que buscam submeter os indivíduos às normas de convivência social. Há dois sistemas de controle coexistentes na sociedade: o controle social, que engloba família, escola, religião, profissão, clubes de serviço etc., cujo objetivo é prevenção e educação, e o controle social formal, que engloba Polícia, Ministério Público, Forças Armadas, Justiça, Administração Penitenciária etc., sendo este mais rigoroso e com conotação político-criminal (PENTEADO FILHO, 2010).

Molina e Gomes (2012, p. 30) definem a criminologia como uma ciência empírica e interdisciplinar que estuda o crime, a pessoa do infrator, a vítima e o controle social do comportamento delitivo. Conceituado a criminologia da seguinte forma:

“Trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime, contemplando este como problema individual e social, assim como sobre os programas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito”.

Através desse conceito, percebe-se que a criminologia tem por características fundamentais do seu método o empirismo e a interdisciplinaridade, com o objetivo de analisar o delito, o delinquente, a vítima e o controle social (MOLINA; GOMES, 2012).

Conforme Molina e Gomes (2012), foi a partir das Escolas Clássica e Positiva que surgiram as perspectivas biológicas, psicológicas e sociológicas sobre o homem delinquente, assunto a ser tratado com mais profundidade em um outro tópico.

Segundo Shecaira (2013, p. 71), para a maioria dos estudiosos, a ciência da criminologia só passou a ser conhecida a partir de Cesare Lambroso, considerado “fundador da criminologia moderna com a edição do Homem delinquente em 1876”.

Porém, outros estudiosos, mesmo reconhecendo a importância de Lambroso, afirma que “nos estudos científicos do crime, do criminoso, do controle social do delito, e da própria vítima, não foi o primeiro a fazer tal estudo de forma sistemática” (SHECAIRA, 2013, P. 71).

Esses estudiosos mencionam que já existiam escolas e outros autores que já estudavam esses fenômenos. O antropólogo Topinard, no ano de 1879, utilizou pela primeira vez o termo “criminologia”, e Garófalo utilizou esse termo como título de uma obra científica no ano de 1885 (SHECAIRA, 2013).

Outros estudiosos destacam a criminologia da Escola Clássica de Carrara, que levaria a criminologia ao seu marco inicial com o Programa criminal no ano de 1859, conforme Shecaira (2013).

Contudo, há os que reconheçam Quetelet, da Escola Cartográfica, como o primeiro pensador criminológico, por publicar a obra Ensaio físico social, considerada “o verdadeiro marco da criminologia, dentro de uma perspectiva não psicológica” (SHECAIRA, 2013).

Conforme Dias e Andrade (1997), foi Topinard, em 1879, que utilizou pela primeira vez o termo “criminologia”, porém, foi Garófalo que, no ano de 1885, teria utilizado esse termo pela primeira vez como título de uma obra científica.

Contudo, consoante Dias e Andrade (1997), é a partir do positivismo que a criminologia surgiu como ciência, a partir de critérios metodológicos e epistemológicos, definindo-se como estudo etiológico-explicativo.

E foi na conhecida época das luzes que nasceram as principais escolas penais: a Clássica e a Positivista (DOTTI, 2010).

4.1.1 Escola Clássica

A Escola Clássica é caracterizada pelo seu conteúdo heterogêneo, pois, segundo Prado (2014), essa Escola segue uma linha filosófica de caráter liberal e humanitário.

Postulava que o Direito é transcendente, é uma característica particular do homem desde o seu nascimento, bem como é liberdade e, para tanto, o seu código supremo é a ciência criminal, eis que é ela que irá tirar o homem da influência que pode sofrer dos demais, bem como de sua própria influência e de suas próprias paixões (PRADO, 2014).

Além disso, considera o delito um ente jurídico, pois trata-se da violação de um direito; “a responsabilidade penal é lastreada na imputabilidade moral e no livre arbítrio”; a pena é uma tutela jurídica, é uma retribuição ao ato criminoso e deve ser proporcional ao fato praticado, bem como ser exemplar, pública e justa; o delinquente é um ser normal que escolhe entre o certo e o errado mas opta pelo errado; e “os objetos de estudo do Direito Penal são: o delito, a pena e o processo” (PRADO, 2014, p. 88).

Utiliza-se do método dedutivo, ou lógico-abstrato, considera a pena uma tutela jurídica, pois serve para proteger os bens penalmente relevantes e a sanção deve ser de forma proporcional ao dano sofrido, não podendo ser arbitrária, e deve ter como finalidade a defesa social (MIRABETE; FABBRINI, 2006).

A Escola Clássica, segundo Dotti (2010), tinha uma política social e uma filosofia jurídica desenvolvidas da seguinte forma:

Como orientação *político-social* e, portanto, como reação contra os excessos de uma justiça penal medieval e arbitrária, a Escola Clássica: a) pesquisou e

estabeleceu os fundamentos e os limites do poder de punir do Estado; b) reagiu contra as penas cruéis e infamantes, propugnando pela abolição da pena de morte e outras penas corporais; c) reivindicou um sistema de garantias para o acusado durante o processo e na fase de execução (DOTTI 2010, P. 231).

Como orientação *filosófico-jurídica*, a Escola de Carrara sustentou que: a) o método de estudo deveria ser lógico-abstrato; b) o crime e a pena são *entes jurídicos*, com abstração da realidade humana que envolve a conduta do delinquente; c) o fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre-arbítrio, distinguindo entre imputáveis e inimputáveis; d) a pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível, i.e., o “maljusto” como contragolpe ao “mal -injusto” praticado pelo criminoso (DOTTI 2010, P. 231).

Portanto, conforme o doutrinador supracitado, a Escola Clássica é orientada por uma política social, a qual busca limitar o poder estatal de punição, abolindo penas desumanas, bem como dar garantias ao réu durante o processo e a fase de execução da pena.

Orienta-se também por uma filosofia jurídica, a qual utiliza-se de um método de estudo lógico-abstrato, pois consideram que o crime e a pena são entes jurídicos, algo abstrato da realidade humana; consideram que a responsabilidade penal tem por fundamento a moral, pois o homem é um ser livre; distingue o sujeito imputável do inimputável; e, por fim, a pena é uma retribuição do fato criminoso.

Para Estefam (2014), a Escola Clássica, Idealista ou Primeira Escola, tem como principal característica dessa Escola o método de trabalho dedutivo, o qual consistia em uma análise jurídica com base no direito positivo vigente, para, então, passar para as questões jurídico-penais.

Estefam (2003) explica que Carrara defendia que o crime é um ente jurídico, o qual Garófalo apud Estefam (2003, p.57) define como “uma infração, por ato humano externo, positivo ou negativo e moralmente imputável, de uma lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos”.

De acordo com a mesma linha de pensamento de Beccaria, Estefam (2014) explica que a pena tinha que servir de exemplo para a sociedade, de forma que transmitisse um certo temor que afastaria a prática do delito. Em suma, a pena é uma retribuição do mal praticado pelo homem, que, dotado de livre-arbítrio, pode escolher entre o bem e o mal, mas escolhe o mal, portanto, deve sofrer as consequências.

Conforme Bittencourt (2014), a Escola Clássica representou a humanização das Ciências Penais. Os filósofos dessa Escola defendiam a liberdade dos indivíduos e os princípios da dignidade humana.

Para os clássicos, a pena era uma forma de reprimir o ato criminoso de forma aflitiva e pessoal, aplicada ao autor do fato delituoso que agiu com capacidade de querer e de entender o seu ato. Além disso, “limitavam o Direito Penal entre os extremos da imputabilidade e da pena retributiva, cujo fundamento básico era a culpa”. Também tinham preocupação com a preservação da soberania da lei, e de evitar a arbitrariedade, de forma que o juiz tinha os seus poderes limitados (BITENCOURT, 2014, p. 102).

Segundo Molina e Gomes (2012), a criminologia clássica assumiu o legado liberal, racionalista e humanista do Iluminismo, especialmente sua orientação jusnaturalista. Compreende o crime como fato individual, isolado, como mera infração à lei, é a contradição com a norma jurídica que dá sentido ao delito, sem que seja necessária uma referência à personalidade do autor, que é mero sujeito ativo do fato, ou à sua realidade social para compreendê-lo. O delinquente infringe a lei por uma decisão livre e soberana.

Para os doutrinadores supracitados, falta na Escola Clássica uma preocupação inequivocamente “etiológica”, pois não há a preocupação de indagar as “causas” do comportamento criminoso, porque sua premissa jusnaturalista atribui a conduta do ato delitivo a uma decisão livre do autor do fato, que seria incompatível com a existência de outros fatores que pudessem influir no seu comportamento. Dessa forma, a Escola Clássica conclui que apenas é possível oferecer uma explicação “situacional” do delito.

4.1.2 Escola Positiva

Tendo como principais estudiosos Lombroso, Garófalo e Ferri, a escola positivista italiana, conforme explicam Molina e Gomes (2012), veio a ser uma alternativa da criminologia clássica, e traz consigo uma polêmica doutrinária sobre métodos e paradigmas, entre o científico, método abstrato e dedutivo utilizado pelos

clássicos, com base no silogismo, e o método empírico-dedutivo dos positivistas, que é baseado na observação dos fatos e dos dados.

Molina e Gomes (2012, p. 184) explicam também que a escola positivista italiana apresenta duas direções opostas: “antropológica de Lombroso e a sociológica de Ferri, que acentuam a relevância etiológica do fator individual e do fator social em suas respectivas explicações do delito”.

Conforme Prado (2014), a Escola Positiva teve três fases, a saber: antropológica, representada por Cesare Lambroso; sociológica, representada por Enrico Ferri; e jurídica, representada por Rafael Garófalo.

Na fase antropológica, o homem não era considerado um ser livre, “mas sim dominados por forças inatas [...]” (PRADO, 2014, p. 89). Nessa fase, utilizaram o método experimental para estudar a criminalidade e o criminoso, para o qual o criminoso era um ser de características hereditárias. Através desse método, por meio de exames clínicos, descobriu-se um grande número de criminosos que portavam determinadas anomalias anatômicas, fisiológicas e psicológicas. Ferri os denominou de “criminosos natos” e Lambroso os classifica como criminosos natos, por paixão, loucos e de ocasião.

A fase sociológica negou “o livre-arbítrio (determinismo biológico-social); a responsabilidade social, a teoria dos substitutivos penais e a classificação dos delinquentes em natos, loucos, ocasionais, habituais e passionais (PRADO, 2014, p. 89).

Na fase positivista, criou-se a lei de saturação criminal, que realizava estudos de estatística criminal. Concluíram que “o nível de criminalidade é determinado pelas diferentes condições do meio físico e social combinados com as tendências congênicas e os impulsos ocasionais dos indivíduos (PRADO, 2014, p. 89).

Segundo Estefam (2014), a Escola Positiva adotou o método indutivo e de observação dos fatos com foco no delinquente, que se revelava como uma pessoa socialmente perigosa conforme o seu delito. A análise do criminoso se dava através da morfologia e da psicologia, e por meio de estatísticas analisavam as causas da criminalidade. O crime era considerado um fato social e humano.

A pena para essa Escola tinha caráter preventivo, pois consideravam que não era possível corrigir um criminoso, e, por isso, servia como um instrumento de defesa social. A sanção levava em consideração não só a gravidade do delito, mas também a periculosidade do autor (ESTEFAM, 2014).

A Escola Positiva defende mais enfaticamente o corpo social contra o delinquente e prioriza os interesses sociais em relação aos individuais. A ressocialização do delinquente passou para um segundo plano e “a aplicação da pena passou a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal dos seus componentes” (BINTENCOURT, 2014, p. 103).

Em suma, os princípios básicos da Escola Positiva são:

1. O crime é fenômeno natural e social, sujeito a influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental.
2. A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade.
3. A pena é medida de defesa social, visando a recuperação do criminoso ou à sua neutralização.
4. O criminoso é sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente (MIRABETE; FABBRINI, 2006, p. 23).

Portanto, para os positivistas o homem delinquente é um ser anormal, alguns de forma temporária, outros de forma permanente, que se deixa influenciar pelo meio em que vive, e por viver no meio da sociedade deve-se considerar a sua periculosidade.

4.2 Perfis criminológicos

O estudo do delinquente, segundo Penteado Filho (2010), é de suma importância à criminologia. Segundo a Escola Clássica, o criminoso é um ser que pecou, que optou pelo mal, mesmo tendo a opção de fazer o bem, aliás, tendo o dever de fazer o bem. Durante o período do positivismo penal, o estudo do delinquente teve destaque na antropologia criminal, na biologia criminal e demais ciências. A Escola Positiva considerava o criminoso um ser hereditário, preso à sua deformação patológica, de forma que, às vezes, nascia criminoso. Por fim, para a Escola Correccionalista, o criminoso era um ser inferior e incapaz de se governar por si próprio, merecendo do Estado uma atitude pedagógica e de piedade.

Segundo preleciona Shecaira (2013, p. 47), Rousseu pactuava com essa ideia firmando-a através de “O contrato social”, no qual baseava-se em uma sociedade que tinha a fixação de um pacto. “Por meio deste, as pessoas abriam mão de parcela de sua liberdade e adotavam uma convenção que deveria ser obedecida por todos”.

Dessa forma, partia-se da premissa de que todas as pessoas que faziam parte desse contrato social, tinham discernimento para entender e querer, assim, quem quebrasse esse pacto, fazia de livre vontade. Portanto, quando alguém cometia um fato delituoso quebrava o pacto, e como consequência deveria ser punido, mas de forma proporcional ao delito cometido (SHECAIRA, 2013).

Conforme Molina e Gomes (2012), para os clássicos o homem é um ser dotado de liberdade, dono de seus atos. Essa liberdade os torna todos iguais, sem diferenciar, de forma qualitativa, os delinquentes dos não delinquentes.

Sendo assim, o homem que comete um fato criminoso é aquele que não sabe usar de forma correta a sua liberdade, pois “para os clássicos, o delinquente é um pecador que optou pelo mal, embora pudesse e devesse respeitar a lei” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 69).

Porém, os clássicos faziam uma distinção entre o delinquente imputável e o inimputável, de modo que a pena para os inimputáveis deveria ser aplicada de forma diferenciada, pois “também destes se deve ocupar a lei penal, porém, com medidas que são providências de segurança e por isso mesmo substancialmente diversas das penas, que representam o castigo proporcionado à culpa” (FERRI apud ESTEFAM, 2017, p. 58).

Na perspectiva positivista, Shecaira (2013, p. 47) explica que “o livre-arbítrio era uma ilusão subjetiva, algo que pertencia à metafísica. O infrator era prisioneiro de sua própria patologia (determinismo biológico), ou de processos causais alheios (determinismo social)”.

O doutrinador supracitado explica que, em meados do final do século XIX e início do século XX, essa crítica dos positivistas aos clássicos levantou discussões acerca da pena a ser imposta aos infratores. Houve uma divisão entre aplicar a pena proporcionalmente ao delito praticado, conforme defendiam os clássicos, ou aplicar a

medida de segurança com finalidade curativa, por prazo indeterminado enquanto durasse a patologia, conforme defendiam os positivistas.

Para os positivistas, o criminoso, desde que nasce, já está determinado a ser criminoso, e o que pode definir isso é a sua raça, sua psicologia, suas fisionomias, fatores psicológicos e fatores sociais (ESTEFAM, 2014).

Ao contrário dos clássicos, os positivistas negavam que o homem é um ser livre, desse modo, para essa escola inclui-se no comportamento humano estudos ligados a causas e efeitos que orientam o mundo natural e social em que esse indivíduo está inserido. Assim, “fatores determinantes internos, endógenos (biológicos) ou externos, exógenos (sociais), explicam sua conduta inexoravelmente” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 69). Portanto, o homem delinquente é um ser que está preso a fatores biológicos e sociais alheios a ele.

Ainda contrariando os clássicos, que não distinguiam qualitativamente os delinquentes e não delinquentes, os positivistas fazem distinção entre o homem delinquente do homem que é correto e cumpre as leis, explicam Molina e Gomes (2012).

Esses autores mencionam que a partir das Escolas Clássica e Positiva surgiram perspectivas biológicas, psicológicas e sociológicas sobre o homem delinquente.

As biológicas, para esses doutrinadores, tratam de localizar e identificar em alguma parte do corpo ou no funcionamento dos diversos sistemas e subsistemas algum fator diferencial que explica a conduta delitiva, pois, sob a perspectiva da biologia, a conduta delitiva é entendida como consequência de alguma patologia, disfunção ou transtorno orgânico.

Conforme Mirabete e Fabbrini (2010), através da psicologia criminal são feitos os diagnósticos e prognósticos criminais. Trata-se de um estudo das condições psicológicas nas quais a pessoa se encontrava no momento do ato criminoso, do dolo e da culpa, da periculosidade, até mesmo no tocante à aplicação da pena e da medida de segurança. Os doutrinadores ressaltam a importância desses estudos para a

prevenção do crime e na disciplina quanto aos benefícios da liberdade condicional, regime aberto, penas alternativas etc.

Serafim (2003) menciona que os aspectos psicológicos dos criminosos são caracterizados pelo desprezo às obrigações sociais e falta de sentimentos para com os demais indivíduos, bem como são egocêntricos patológicos, possuem emoções superficiais, falta de auto percepção, baixo controle da impulsividade, irresponsabilidade, ausência de remorso, ansiedade e sentimento de culpa em relação ao seu comportamento antissocial. Também, em geral, são cínicos, incapazes de manter uma relação e amar, bem como suas anormalidades têm relação com anomalias do temperamento e do caráter.

Ademais, o *déficit* emocional, conforme enfatizam muitas literaturas, é uma das principais características de alguns criminosos, de modo que “estes indivíduos têm pouco afeto com os outros, não expressam comportamentos amorosos, não ficam nervosos facilmente (resposta de ansiedade) e não expressam reações de remorso ou culpa” (SERAFIM, p. 56, 2003).

Profissionais da área médica vêm estudando desde a segunda metade do século XX a possibilidade de transmissão de fatores hereditários na gênese do delito. Segundo Penteado Filho (2010), esses cientistas sustentam que a herança genética se manifesta através de semelhanças e diferenças, de forma que as semelhanças são características passadas de pai para filho e as diferenças são consequências de outros ancestrais (atavismo).

Portanto, o doutrinador conclui (p. 66) que na genética estão inseridas as características morfológicas (sexo, raça etc.), fisiológicas (sexualidade, força muscular etc.) e psicológicas (sensibilidade, inteligência etc.)

Penteado Filho (2010) faz uma breve explicação de alguns perfis criminológicos conforme a classificação dos estudiosos. Vejamos:

Classificação de Hilário Veiga de Carvalho: diferentemente da maioria dos estudiosos, que classificam os criminosos através da personalidade, esse estudioso faz uma classificação etiológica, baseado em fatores biológicos ou mesológicos. Esses fatores dividem-se em: biocriminoso puro; biocriminoso preponderante;

biomesocriminoso, mesocriminoso preponderante e mesocriminoso puro (PENTEADO FILHO, 2010):

- Biocriminosos puros (pseudocriminosos): apresentam somente fatores biopsicológicos. Esses criminosos devem ser submetidos a tratamento psiquiátrico em manicômio judiciário. Situam-se aqui os psicopatas ou epiléticos, os retardados mentais severos, os esquizofrênicos, entre outros;
- Biocriminosos preponderantes (difícil correção): são os que tendem a praticar um delito por impulso. São sujeitos que, devido a uma anomalia biológica, não conseguem se controlar, de forma que cedem e respondem de forma fácil aos estímulos externos. São criminosos que tendem a cometer crimes como sequestros, roubos e/ou latrocínios, que “cometem por cometer”, segundo o estudioso, “a ocasião faz o ladrão”. Esses tipos de criminosos possuem grande tendência de reincidência e devem ser submetidos a “tratamento em colônias disciplinares, casas de custódia ou institutos de trabalho, com assistência médico-psiquiátrica e eventual internação em hospital psiquiátrico” (PENTEADO FILHO, 2010, p. 79);
- Biomesocriminosos (correção possível): são criminosos que sofrem influência tanto biológica quanto do meio em que vivem, porém, não há como saber qual influência mais. A chance de reincidência é ocasional. O estudioso exemplifica com o caso do jovem que tem como objeto de desejo um carro, mas não tem condições de adquirir por meios lícitos, além disso, vive em um meio no qual prevalecem a impunidade e o sucesso, então, decide que vale a pena alcançar esse bem de qualquer jeito e, para tanto, comete roubo à mão armada. Nesse caso, o tratamento deve ser através do regime de reformatório progressivo e apoios médico e pedagógico;
- Mesocriminosos preponderantes (correção esperada): são criminosos que, no geral, possuem personalidade fraca, e, por isso, se deixam influenciar facilmente por outras pessoas. A chance de reincidência é excepcional. Recomenda-se o tratamento em colônias, acompanhado de apoio sociopedagógico;

- Mesocriminosos puros: nesse perfil somente os fatores sociais exercem influência no criminoso. “Agem antissocialmente por força de ingerências do meio externo” (PENTEADO FILHO, 2010, p. 79). Por exemplo, o índio que pratica um fato considerado normal dentro de sua tribo, enquanto que, se praticar fora do seu meio de convívio, é tido como fato delituoso. “São pseudocriminosos, tendo em vista que o crime emana apenas do meio ambiente em que vivem” (PENTEADO FILHO, 2010, p. 79).

Já Cesare Lambroso, através da antropologia criminal, realizou um estudo referente aos diferentes tipos físicos, bem como fatores endógenos (raça, genética, hereditariedade etc.) e atuação no ambiente físico e social do homem delinquente. Mirabete e Fabbrini (2010) destacam que apesar de a teoria do criminoso nato de Lambroso ter sido superada, estudos atuais investigam cromossomos e impressões digitais como características genéticas de pessoas com tendências criminais.

Estefam (2017) preleciona que ao constatar certas anomalias a partir do exame do crânio de um criminoso chamado Vilela, no ano de 1871, Lambroso desenvolveu a classificação dos criminosos em natos, loucos, ocasionais e passionais. Além disso, valia-se do método indutivo para determinar características morfológicas dos delinquentes.

Classificação de Cesare Lambroso: Penteado Filho (2010) discorre as classificações de criminosos conforme Lambroso, a saber:

- Criminosos natos: sofrem influências biológicas, possuem algum sinal na pele e têm instinto criminoso. Segundo Lambroso, sua fisionomia é formada por cabeça pequena, deformada, fronte fugida, sobrelhas salientes, maçãs do rosto afastadas, orelhas malformadas, braços compridos, face enorme e possui tatuagem. Além disso, é mentiroso e fala muitas gírias. Posteriormente, agregou ainda a esse perfil a epilepsia. Esse estudioso se atentou mais às características físicas do criminoso;
- Criminosos loucos: são os sujeitos perversos, loucos morais e alienados mentais, que, conforme Lambroso, devem ser mantidos em hospícios;

- Criminosos de ocasião: são sujeitos que possuem uma predisposição hereditária para o crime, são pseudocriminosos, ladrões de ocasião. Seus crimes são influenciados por circunstâncias;
- Criminosos por paixão: são sujeitos exaltados que costumam usar da violência para resolver questões passionais.

De acordo com Estefam (2017), a classificação antropológica dos criminosos, além de Lambroso, também foi desenvolvida por Ferri e Garófalo, conforme abaixo:

Classificação de Enri Ferri: a classificação de Ferri, em alguns aspectos, lembra a de Lambroso, e, conforme salienta Penteado Filho (2010), a denominação “criminoso nato”, diferente do que se pensava, não pertence a Lambroso, mas à Ferri. Para Ferri existem cinco tipos de criminosos, a saber:

- Criminoso nato: é um degenerado e com os mesmos estigmas estudados por Lambroso;
- Criminoso louco: é o sujeito alienado, o semilouco ou fronteiro;
- Criminoso ocasional: é o sujeito que comete crimes eventualmente;
- Criminoso habitual: é o sujeito que costuma reincidir na ação criminosa, levando o crime como uma profissão. O doutrinador explica que o criminoso habitual faz uma transição entre os demais tipos, começando ocasionalmente até degenerar-se.

Classificação de Garófalo: para esse estudioso, segundo Penteado Filho (2010), os criminosos natos deveriam ser punidos com a pena de morte ou serem expulsos do seu país. Garófalo classificava os criminosos da seguinte forma:

- Criminosos assassinos: “são delinquentes típicos; egoístas, seguem o apetite instantâneo, apresentam sinais exteriores e se aproximam de selvagens e das crianças” (PENTEADO FILHO, 2010, p. 81);
- Criminosos energéticos ou violentos: são sujeitos que não tem compaixão; “não lhes falta o senso moral; falso preconceito; há um subtipo, os impulsivos (coléricos)” (PENTEADO FILHO, 2010, p. 82);

- Ladrões ou neurastênicos: possuem senso moral, porém, falta nesses sujeitos a probidade, às vezes são atávicos, “face móvel, olhos vivazes, nariz achatado etc. (PENTEADO FILHO, 2010, p. 82).

Classificação de Odon Ramos Maranhão: Maranhão apud Filho (2010, p. 82) ensina que “o ato criminoso é a soma de tendências criminais de um indivíduo com sua situação global, dividida pelo acervo de suas resistências”.

Partindo dessa premissa, conforme Penteado Filho (2010), Maranhão classifica os criminosos da seguinte forma:

- Criminoso ocasional: personalidade normal, poderoso fator desencadeante, e ato consequente do rompimento transitório dos meios contensores do impulso;
- Criminoso sintomático: personalidade com perturbação transitória ou permanente; mínimo ou nulo fator desencadeante; ato vinculado à sintomatologia da doença;
- Criminoso caracterológico: “personalidade com defeito constitucional ou formativo do caráter; mínimo ou eventual fator desencadeante e ato ligado à natureza do caráter do agente” (PENTEADO FILHO, 2010, p. 82).

Percebe-se que a classificação de Odon Ramos Maranhão é feita somente com referência à personalidade do indivíduo.

4.3 A responsabilidade penal

Segundo Cardoso (2014), são pressupostos da responsabilidade penal a capacidade de compreensão do que é certo ou errado, e a autodeterminação para agir conforme essa compreensão. O estudioso ressalta que a capacidade de entender o certo e o errado pode variar conforme a cultura, pois o que pode ser considerado crime no Brasil, pode não ser em outros países, portanto, “o processo de entendimento do caráter ilícito de um fato é questão relativa [...]” (CARDOSO, 2014, p. 92).

Quanto à autodeterminação, Cardoso (2014) explica que não é somente o compreender a ilicitude do fato, mas também o indivíduo deve conseguir comportar-

se, de forma voluntária, conforme esse entendimento. Por exemplo, “não adianta, pois, um indivíduo saber que é errado roubar se, por questões de incapacidade mental ou por perturbações mentais, não consegue evitar a prática de tal ato” (CARDOSO, 2014, p. 92).

Portanto, para Cardoso (2014, p. 92), “a responsabilidade penal será a compreensão do certo e do errado, aliada à capacidade mental de não praticar o que seja errado”.

Todo indivíduo que comete um ato ilícito deve responder perante a justiça. Sendo assim, responsabilidade penal significa a obrigação que esse indivíduo tem de enfrentar as consequências dos seus atos perante o Poder Judiciário. “Ao que praticar ação ou omissão ilícitas, a Justiça lhe imputa, se culpado, o dever de responder por elas, tornando-se, assim, o agente responsável. Esse é o sentido da imputabilidade: a faculdade de ser chamado à responsabilidade” (ABDALA; CHALUB, 2016, p. 204).

Conforme Capez (2017), a responsabilidade penal é a capacidade que o sujeito tem para ser punido pelos seus delitos. A responsabilidade penal exige três requisitos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

O doutrinador ressalta que conforme a circunstância pode existir a possibilidade de o sujeito ser imputável, mas não ser responsável pelo fato delituoso praticado. É o caso de quando o sujeito não tem a possibilidade de conhecimento do injusto ou quando não for possível exigir outra conduta.

Nucci (2006, p. 277) discorre que a responsabilidade penal decorre da culpabilidade, e, por isso, é uma “relação entre o autor e o Estado, que merece ser punido por ter cometido um delito”.

Jesus (2003) explica que capacidade penal e imputabilidade são coisas distintas, pois, a capacidade penal encontra-se no momento anterior ao crime, enquanto a imputabilidade está no momento do crime. Dessa forma, a pessoa pode ser considerada imputável se, durante a prática do fato delituoso, estavam presentes os requisitos da imputabilidade, mas pode não ser sujeito de direito penal, isto é, incapaz de responder processualmente.

Noronha (1998) discorre que a reponsabilidade é a obrigação que o sujeito que cometeu um crime tem de responder como consequência do seu ato criminoso. Porém, o doutrinador ressalta que a responsabilidade depende da imputabilidade do sujeito, pois não pode ser penalmente responsabilizado, exceto se tinha consciência da antijuridicidade e quer executá-lo, pois a imputabilidade é pressuposto da responsabilidade.

Para conferir a responsabilidade penal da pessoa, Zimerman e Coltro (2002) explicam que a avaliação é feita através de um laudo pericial, no qual o resultado pode servir como prova técnica e influenciar na decisão judicial. O perito que fizer a avaliação deve ser muito minucioso, de forma que consiga concluir o estado psicológico em que o autor do fato se encontrava no momento em que cometeu o crime.

4.4 Imputabilidade, inimputabilidade e semi imputabilidade

A imputabilidade, segundo Penteado Filho (2016), é a capacidade de culpa que o indivíduo possui, além de constituir um dos pressupostos da culpabilidade.

O Código Penal não conceitua imputabilidade, porém, através da interpretação do art. 26 e seguintes do mesmo diploma legal, conclui-se que “imputabilidade é a capacidade de entender e de querer, isto é, do entendimento da ilicitude de sua conduta e de seu autodomínio, que tem o maior de 18 anos” (PENTEADO FILHO, 2016, p. 121).

Callegari (2014) explica que a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, pois o autor de um fato delituoso deve ser capaz, no momento do ato, de entender a sua ilicitude, bem como de se determinar de acordo com esse entendimento, isto é, evitar de realizar o ato ilícito.

Stratenwerth apud Callegari (2014, p. 180) discorre que “não é possível determinar a capacidade de culpabilidade (capacidade de imputação) de forma positiva, mas captá-la através da ausência de determinados fundamentos que a excluem”. E, segundo Callegari (2014), esses fundamentos são a menoridade e defeitos de personalidade ou déficit da mesma. O doutrinador ressalta ainda que, no

Brasil excepcionalmente a embriaguez accidental, excepcionalmente pode ser considerada um déficit de personalidade.

Conforme Callegari (2014) explica, o art. 26, caput do Código Penal, traz um conceito negativo de imputabilidade, pois menciona somente o conceito de inimputabilidade. A saber:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

Portanto, para ser imputável o sujeito deve ter maturidade mental, isto é, ser maior de 18 anos, conforme impõe a legislação brasileira, e possuir desenvolvimento mental são.

Junqueira e Vanzolini (2013) discorrem que a imputabilidade é a capacidade psíquica de culpabilidade. A legislação brasileira considera imputável todas as pessoas maiores de 18 anos que não apresentam anormalidade psíquica, seja ela permanente, seja ela temporária.

Os doutrinadores explicam que a capacidade de imputabilidade pode ser dividida em dois níveis: o nível cognoscitivo, ou intelectual, que é a capacidade para entender o caráter ilícito do ato, e o nível volitivo, que é a capacidade de comandar os seus atos de acordo com o entendimento do nível intelectual, isto é, capacidade de abster-se de praticar conduta ilícita.

Em regra, todas as pessoas são imputáveis, salvo se estiverem sob alguma excludente de imputabilidade. Consoante preleciona Capez (2017, p. 327), “a capacidade penal é, portanto, obtida por exclusão, ou seja, sempre que não se verificar existência de alguma causa que a afaste”.

Dessa forma, as causas excludentes de imputabilidade são: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (CAPEZ, 2017).

Conforme Delmanto et al (2007, p. 101), “a inimputabilidade é uma das causas de exclusão da culpabilidade”, pois o inimputável que, por exemplo, mata alguém, cometeu crime, mesmo que não lhe seja aplicada a pena prevista no art. 121, mas as

medidas de segurança, devido a sua condição de não entender o caráter ilícito do ato e de se comportar conforme tal entendimento.

No entendimento desses doutrinadores, como o art. 26 do CP dispõe que “é isento de pena”, em vez de “não é crime”, está indicando que “o crime subsiste, apenas seu autor não recebe pena por falta da imputabilidade, que é pressuposto do juízo de culpabilidade” (DELMANTO et al, 2007, p. 101).

Conforme discorre Noronha (1998), para que a pessoa seja considerada inimputável, é preciso que sua capacidade de entendimento e de querer seja total, bem como esse estado deve estar presente no momento da prática do ato criminoso, seja ação ou omissão.

Noronha (1998) menciona que a legislação penal brasileira considera inimputável a pessoa que é portadora de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, isto é, “[...] acarretar a consequência de suprimir, no agente, a capacidade de compreender o caráter delituoso do fato ou de se determinar consoante essa compreensão” (p. 166).

Mirabete e Fabbrini (2006, p. 208) discorrem que a doença mental é mencionada na legislação penal de forma geral e abrange “todas as moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental” e todo indivíduo portador de doença mental tem a imputabilidade excluída.

Nucci (2006, p. 278) discorre que o sujeito portador de doença mental possui alterações psíquicas qualitativas, que geram inimputabilidade penal. Frisa que “o conceito de doença mental deve ser analisado em sentido lato, abrangendo as doenças de origens patológicas e de origem toxicológicas”.

Capez (2017) ressalta que, conforme dispõe os arts. 45 a 47 da Lei 11343/2006, a dependência patológica de substâncias psicotrópicas, como drogas, pode ser considerada doença mental.

Nos termos dessa Lei, fica isento de pena a pessoa que, em razão de dependência, bem como sob efeito de alguma droga, proveniente de caso fortuito ou força maior, era totalmente incapaz, no momento da ação ou omissão, de compreender o caráter ilícito do seu ato e de comportar-se de acordo com essa

compreensão, bem como prevê a redução da pena para a pessoa que não tinha a plena capacidade.

O desenvolvimento mental incompleto ou retardado, segundo Prado (2014, p 357), abrange “oligofrenias – idiota, imbecilidade, debilidade mental, psicopatia, surdo-mudez – surdo – mudo não educado; silvícola não integrado”. O doutrinador explica que a oligofrenia, ou retardo mental, é uma deficiência mental com graves defeitos de inteligência, isto é, o sujeito não tem desenvolvida as suas faculdades mentais. Já os idiotas possuem um defeito congênito no desenvolvimento de suas faculdades mentais e o imbecil possui o desenvolvimento de suas faculdades mentais paradas.

O desenvolvimento mental incompleto se trata de imaturidade mental ou emocional devido à idade cronológica (menor de 18 anos) ou por falta de convivência em sociedade, como no caso, por exemplo, de alguns indígenas que não estão adaptados à vida em sociedade. No caso dos indígenas, Capez (2010) ressalta que é imprescindível a elaboração de laudo para conferir inimputabilidade. Já no caso dos menores de 18 anos, esses têm a inimputabilidade presumida e ficam sujeitos às medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo Capez (2017), se encaixam também nessa categoria os surdos-mudos, que têm o seu poder de compreensão afetados devido às suas dificuldades sensoriais, bem como os oligofrênicos que são pessoas que possuem o coeficiente intelectual reduzido de forma significativa, são os chamados débeis mentais, imbecis e idiotas. A capacidade intelectual é tão reduzida que esses sujeitos são incapazes de analisar a situação em que se encontram de forma correta, nem de entender o crime que cometeram.

Mirabete e Fabbrini (2006) explicam que a inimputabilidade é constatada através de exame pericial que pode ser requisitado de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, do descendente, do irmão ou pelo cônjuge do réu, que será submetido a exame médico-legal, conforme preceitua o art. 149 do Código de Processo Penal. O réu que for considerado inimputável será absolvido e obrigatoriamente lhe serão aplicadas as medidas de segurança previstas nos arts. 96 a 99 do CP.

Já a responsabilidade penal diminuída, ou semi-imputabilidade, prevista no art. 26, § único do CP, ocorre quando o sujeito tem a sua capacidade ou entendimento reduzidos. A pessoa não é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos seus atos, portanto, a sua responsabilidade fica diminuída, de forma que a culpabilidade permanece, sendo-lhe aplicado a pena, porém, com diminuição (DELMANTO et al, 2007).

Contudo, para ter a responsabilidade diminuída a pessoa precisa se encaixar em três requisitos: ter como causa perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; que como consequência causam total falta de capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de agir conforme esse entendimento; e no tempo da ação estar sob os requisitos anteriores (DELMANTO et al, 2007).

As pessoas que possuem a imputabilidade diminuída, isto é, os semi-imputáveis, consoante Noronha (1998), encontram-se em uma zona fronteira entre a normalidade psíquica e a doença mental. São indivíduos que têm a capacidade intelectual e volitiva diminuída. A esses indivíduos o art. 26 do CP faculta, segundo esse doutrinador, a redução de pena, pois o juiz pode deixar de aplicá-la.

Esses transtornos não afetam totalmente a capacidade da pessoa, de forma que sua culpabilidade apenas diminui devido ao juízo de censura sobre esses indivíduos ser menor, pois possuem dificuldade de compreender de forma adequada a ilicitude do fato, bem como de se posicionar de acordo (BITENCOURT, 2014).

Para Nucci (2006, p.282), as perturbações mentais, mesmo que sejam uma forma de doença mental, retira da pessoa a sua inteligência ou vontade de forma parcial. Mesmo perturbando-os não retira deles a sua capacidade de compreensão. “Nesse caso, não há eliminação completa da imputabilidade; logo, pode o agente sofrer o juízo de reprovação social inerente à culpabilidade”, de forma que o juiz acaba por reduzir a pena de 1/3 a 2/3.

Contudo, se essa perturbação mental se manifestar de forma muito intensa, o juiz pode aplicar à pessoa as medidas de segurança previstas no art. 98 do Código Penal (NUCCI, 2006).

As consequências jurídicas para as pessoas semi-imputáveis, conforme art. 59 do CP, são: aplicação da pena de forma proporcional a sua culpabilidade e, obrigatoriamente, consoante dispõe o art. 26, § único, deve haver diminuição dessa pena. O *quantum* deverá considerar o nível de diminuição, se maior ou menor, desse déficit mental que o réu apresenta. Nos casos em que o réu necessitar de tratamento curativo a pena deverá ser substituída pela medida de segurança, conforme art. 98 do CP (CARLOS; FRIEDE, 2015).

Carlos e Friede (2015) prelecionam que após a reforma do Código Penal, através da Lei 7.209/84, passou-se a adotar o sistema vicariante, ou unitário, isto é, ao semi-imputável, conforme o caso, poderá ser aplicada ou a pena ou as medidas de segurança.

Explicam ainda que a pena refere-se a um juízo de reprovação social, ou seja, a culpabilidade, enquanto a medida de segurança refere-se à periculosidade da pessoa, que quando inimputável é presumida e quando semi-imputável é real. Se diz real devido ao art. 98 do CP, nos casos do art. 26, § único, prever tratamento especial curativo às pessoas que necessitarem, portanto, substitui a pena privativa de liberdade por internação ou tratamento ambulatorial.

Quanto aos menores de 18 anos, Prado (2014) explica que há uma presunção de inimputabilidade, consoante o critério biológico e o que dispõe o art. 27 do Código Penal e o art. 228 da Constituição Federal.

Os menores de 18 anos são regidos somente pelo critério biológico e não há interferência de grau de discernimento, tendo presunção absoluta de inimputabilidade. A justificativa para tal presunção é que os menores de 18 anos não possuem a sua personalidade formada, por isso ainda não possuem condições de compreender o certo e o errado, de forma que nunca podem ser responsabilizados penalmente (DELMANTO et al, 2007).

Conforme Callegari (2014) explica, o tempo da maioridade é no dia em que completa 18 anos, portanto, se cometer algum crime com 17 anos e 11 meses ainda será inimputável; o momento em que se aprecia a imputabilidade é no momento da ação ou omissão, conforme art. 4º do CP. Ressaltando que, quanto aos crimes permanentes, o menor só se tornará penalmente imputável se completar 18 anos

antes de cessar a permanência. A menoridade será comprovada através do registro civil

As drogas psicotrópicas que causam alterações psíquicas podem ser divididas em três espécies. A saber:

a) Psicolépticos, que são os tranquilizantes, os narcóticos, os entorpecentes, como, por exemplo, a morfina, o ópio, os barbitúricos e os calmantes; b) psicoanalépticos, os estimulantes, como a anfetaminas (as chamadas “bolinhas”), a cocaína etc.; c) psicodislépticos, ou seja, os alucinógenos, substâncias que causam alucinação, como é o caso do ácido lisérgico, a heroína e o álcool (CAPEZ, 2017, p. 332).

Portanto, conforme o doutrinador ressalta, o Código Penal brasileiro não considera apenas a embriaguez alcoólica, mas também, por qualquer tipo de droga.

A embriaguez pode ser causa de exclusão da imputabilidade se proveniente de caso fortuito ou força maior, “[...] em virtude de uma intoxicação aguda e transitória causada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicóticos [...]” (CAPEZ, 2017, p. 332).

A embriaguez por caso fortuito ocorre de forma ocasional. São aquelas hipóteses em que o sujeito não se embriaga porque tinha essa intenção, nem age de forma culposa. Por exemplo, ingerir bebida alcoólica sem saber que seu conteúdo é alcoólico ou que provoca efeitos psicotrópicos, ou no caso do sujeito que durante tratamento com antibiótico ingere bebida alcoólica sem saber que pode perder a compreensão de seus atos. Desse modo, há exclusão de imputabilidade (CAPEZ, 2017).

A embriaguez por força maior, por sua vez, ocorre quando o sujeito é obrigado, por coação física ou moral irresistível, a ingerir bebida alcoólica, e por consequência perde o controle dos seus atos. Essa também exclui a imputabilidade (CAPEZ, 2017).

A embriaguez acidental, se completa, exclui a imputabilidade, se incompleta, atenua a pena de 1/2 a 2/3 (CAPEZ, 2017).

A embriaguez patológica, que é o caso dos alcoólatras e dependentes, é considerada doença mental, e, conseqüentemente, esses indivíduos recebem o tratamento como tal, portanto, são considerados inimputáveis (CAPEZ, 2017).

A embriaguez accidental completa (art. 28, II, § 1º do CP) e patológica completa (art. 26, caput), tornam o sujeito inimputável, e, segundo Prado (2014), devem ser submetidos à medida de segurança prevista nos arts. 96 e 97 do Código Penal.

A embriaguez preordenada, que é quando o sujeito quer cometer crimes em estado de embriaguez, não exclui a imputabilidade, inclusive é causa agravante genérica, consoante o art. 61, II, I do Código Penal (CAPEZ, 2017). Nesse caso de embriaguez, Prado (2014, p. 359) explica que “considera-se o momento em que o agente se pôs em estado de embriaguez e não o momento final para a aplicação da agravante genérica”, levando-se em consideração a teoria da *actio libera in causa*.

Em suma, sempre que a embriaguez não for accidental, não haverá exclusão da imputabilidade, pois o indivíduo está sob o seu livre arbítrio de escolher se embriagar ou não. Portanto, nesses casos, ao praticar um ato delituoso, mesmo que a causa tenha sido a embriaguez, responderá pelo seu crime, pois a ação que deu causa ao delito partiu de sua livre escolha, e, sendo assim, deve ser responsabilizado (CAPEZ, 2017).

Igualmente é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao afirmar que a embriaguez voluntária não afasta a imputabilidade, pois somente afastaria se fosse involuntária decorrente de caso fortuito e força maior. Vejamos:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRELIMINAR. **PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INIMPUTABILIDADE RECORRENTE DE EMBRIAGUEZ.** AFASTAMENTO. **A embriaguez que exclui a pena, conforme o art. 28, II, § 1º, do Código Penal, é a accidental e completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. In casu, concluo que, analisando o depoimento de Marcos Ricardo Machado (fls. 102/102v), sua embriaguez foi voluntária, já que afirmou ter ingerido 01 litro de cachaça.** Ainda, como bem salientou o ilustre Procurador de Justiça, “não foi produzida qualquer prova em contrário, ônus que cabia à defesa”, conforme determina o art. 156 do Código de Processo Penal. **MÉRITO. APENAMENTO. CONCURSO DE AGRAVANTE E ATENUANTE. DECISÃO DE 1º GRAU QUE NÃO SOPESOU A ATENUANTE. PLEITO DE VALORAÇÃO DESTA EM VIRTUDE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.** No caso em tela, conforme elucida o art. 67 do Código Penal, a agravante da reincidência deve preponderar levemente sobre a atenuante da confissão espontânea. Por isso, valora-se essa última em 04 meses e mantém-se a valoração da reincidência em 06 meses, estabelecendo a pena provisória em 02 anos e 02 meses, que resta definitiva, ante a ausência de demais causas modificadoras. **APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 2º DO ART. 28 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.** Tal operação só mereceria guarida se a embriaguez referida não tivesse sido voluntária

mas oriunda de caso fortuito ou força maior, como refere o dispositivo legal. Apelo parcialmente provido. (Apelação Crime Nº 70039953393, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 30/03/2011). Grifei

Ne caso em tela, o Réu portava arma de fogo de forma ilegal em vias públicas. A defesa alega a inimizabilidade, pois o Réu, no momento da ação, encontrava-se em estado de embriaguez completa. Porém, a Câmara afastou tal alegação, eis que, conforme o Desembargador Relator, somente a embriaguez completa por caso fortuito ou força maior torna a pessoa inimizável. Da mesma forma, a Câmara alega a impossibilidade de atenuação da pena quando a embriaguez é decorrente de forma voluntária.

É devido à chamada teoria da *actio libera in causa* (ações livres na causa) que a embriaguez não acidental, isto é, voluntária, não exclui a inimizabilidade. Capez (2017) explica que essa teoria considera o momento em que o sujeito ingeriu a bebida alcoólica, e não quando praticou o delito. O doutrinador exemplifica com o caso hipotético do sujeito que está embriagado em uma festa com amigos e ao manusear uma arma dispara sem querer contra um de seus amigos, que vem a óbito. Ao passar o efeito do álcool, esse sujeito retoma a consciência e entra em desespero, pois não queria matar o amigo.

Nesse caso, mesmo assim irá responder pelo crime de homicídio, pois quando ingeriu álcool, tinha a liberdade de decidir entre ingerir ou não. Capez (2017, p. 334) explica que “pela teoria da *actio libera in causa*, responderá por homicídio doloso, presumindo-se, sem admissão de prova em contrário, que estava sóbrio no momento em que praticou o crime”.

Abaixo jurisprudência do TJ/RJ, na qual a Câmara julgadora afasta a inimizabilidade do Réu por embriaguez completa por caso fortuito ou força maior, alegada pela defesa devido ao uso de medicação, porém, aplica medida de segurança alegando inimizabilidade por retardo mental moderado comprovado em laudo pericial.

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. SENTENÇA QUE RECONHECE A INIMIZABILIDADE DO RÉU, POR DESENVOLVIMENTO MENTAL RETARDADO, E APLICA A MEDIDA DE SEGURANÇA DE TRATAMENTO AMBULATORIAL PELO PRAZO MÍNIMO DE UM ANO. APELO DEFENSIVO ARGUINDO, PRELIMINARMENTE, A NULIDADE DO

PROCESSO, A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, DADA A NOMEAÇÃO DE ADVOGADO DATIVO PARA O ATO. PRÉVIA DESTITUÍDA DE RESPALDO JURÍDICO. **PRELIMINAR QUE SE REJEITA. NO MÉRITO, PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PRÓPRIA, COM BASE NAS TESES DE INIMPUTABILIDADE PENAL DO ACUSADO, POR EMBRIAGUEZ COMPLETA, PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR, E DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR AUSÊNCIA DE DOLO. PRETENSÃO INCONSISTENTE. RECURSO A QUE SE NEGA**

PROVIMENTO. 1. Tendo o magistrado de primeiro grau, na audiência de instrução e julgamento, nomeado advogado dativo para o réu, dada a ausência do defensor público que, apesar de intimado para o ato, não justificou a impossibilidade de seu comparecimento até a abertura da audiência, como determinam os §§ 1º e 2º do art. 265 do CPP, impossível se mostra o acolhimento da arguição de nulidade do processo, a partir da AIJ, a pretexto de cerceamento de defesa, não só porque a medida adotada respeitou os preceitos legais, mas também, e sobretudo, porque não demonstrada a ocorrência de qualquer prejuízo para a defesa. 2. Preliminar rejeitada. 3. De acordo com o seguro conjunto probatório, o acusado foi preso em flagrante, durante um show que acontecia em uma praça na cidade de São João da Barra, eis que portava, em sua cintura, um revólver calibre .38, com capacidade para produzir disparo, municiado com 6 (seis) cartuchos íntegros, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conclusão essa que se extrai tanto do depoimento prestado, em juízo, por testemunha presencial do fato, como das próprias declarações do réu em seu interrogatório judicial. **4. Inexistindo prova de que o réu, no momento da ação que lhe é imputada, estivesse, efetivamente, em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, por `Diazepan de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento como alega a defesa , não há que se falar em absolvição com fulcro no artigo 28, § 1º, do Código Penal, sem imposição de qualquer medida de segurança, como infundadamente se pretende.** 5. Tendo sido a inimputabilidade do réu (art. 26, caput, do CP) atestada por laudo de exame de sanidade mental, revelador de que ele, ao tempo da ação, apesar de ser capaz de compreender o ilícito de seu ato, não era capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento Retardo Mental Moderado de absolvição própria, com base na tese de atipicidade da conduta, por ausência de dolo, à infundada alegação de que não tinha ele o necessário conhecimento acerca das elementares do tipo nem a intenção de violar o bem jurídico tutelado pelo Estatuto do Desarmamento . 6. Recurso desprovido (Apelação nº 0008479-37.2008.8.19.0053, Segunda Câmara Criminal do Tribunal do RJ, Relator: Jose Augusto de Araujo Neto, julgamento: 02/12/2010). Grifei

No caso em tela, o Réu portava de forma ilegal arma de fogo em praça pública e a defesa requereu a absolvição própria alegando inimputabilidade devido ao uso de medicamento Diazepan, que associado ao uso de bebida alcoólica causou no Réu a embriaguez por caso fortuito ou força maior. Porém, a Câmara afastou essa alegação, pois comprovado que o Réu fez durante muitos anos o uso do medicamento Gardenal, mas que há anos não usava mais nenhum tipo de medicamento.

De outra banda, o próprio Réu admitiu ter ingerido bebida alcoólica, o que fez, segundo o Desembargador Relator, de forma voluntária ou culposa, portanto, não

deve ser excluída a sua responsabilidade penal, com fundamento na teoria da *actio libera in causa*.

Contudo, conforme laudo pericial, constatou-se que o Réu possui retardo mental moderado, portanto, ocorreu a absolvição imprópria, isto é, lhe foi aplicado a medida de segurança, consoante o art. 97, primeira parte, do Código Penal.

Quanto a emoção e a paixão Capez (2014) explica que a emoção é um sentimento repentino e passageiro que arrasa o indivíduo de forma significativa. Já a paixão é um sentimento que toma conta do indivíduo de forma lenta e duradoura. Entende que somente a paixão pode transformar o indivíduo em um doente mental, pois retira a capacidade de compreensão.

A emoção (sentimento intenso e passageiro) e a paixão (emoção-sentimento permanente), ou, como Prado (2014, p.358) denomina, “estados emotivos ou passionais, perturbações da consciência”, são estados psicológicos do cotidiano e, por isso, não necessitam de tratamento diferente pela legislação penal, exceto se forem condições patológicas do sujeito, enquadrando-se, então, no art. 26 do CP, porém, o doutrinador ressalta que em algumas situações podem atenuar a pena, consoante art. 65, III, c, ou diminuí-la, consoante art. 121, § 1º do CP.

Para aferir a inimputabilidade a alguém, adotam-se os seguintes critérios: biológico, ou etiológico, o psicológico e o misto, ou biopsicológico.

Pelo critério biológico, ou etiológico, analisa-se o desenvolvimento mental da pessoa. Assim, se a pessoa for portadora de doença mental ou possuir desenvolvimento mental incompleto ou retardado, será considerado inimputável (TOURINHO FILHO, 2013).

Pelo critério psicológico analisa-se se, ao tempo da ação ou omissão, a pessoa possuía condições de entender o caráter criminoso do seu ato e de determinar-se de acordo com essa apreciação (TOURINHO FILHO, 2013).

Por fim, o critério misto, ou biopsicológico, avalia a pessoa sob o critério psicológico e biológico, analisando também, se a pessoa, ao tempo da ação ou omissão, era capaz de entender a sua conduta criminosa e de comportar-se de acordo

com esse entendimento. Esse é o critério adotado pela legislação brasileira (TOURINHO FILHO, 2013).

4.5 A problemática do aspecto punitivo aos delinquentes com transtornos biopsicológicos

Conforme o art. 59, parte final, “a pena tem por finalidade reprovar e prevenir a prática de infrações penais” (GRECO, 2014, p. 683). Além da pena, a legislação penal brasileira prevê as medidas de segurança, que até a reforma do Código Penal no ano de 1984 adotava o sistema duplo binário, ou duplo trilho, o qual permitia a aplicação de forma simultânea das duas formas de punição.

Assim, à pessoa que era considerado perigoso e que praticava ato delituoso, primeiro lhe eram aplicadas as medidas de segurança, e após o seu cumprimento iniciava a pena privativa de liberdade, ou, caso fosse absolvido, lhe era aplicada a pena de multa, nos termos do art. 82, I e II do CP Código Penal de 1940 (GRECO, 2014).

Quando o sujeito é condenado por um fato criminoso, o Estado utiliza-se do sistema dualista como forma de punição pelo ato praticado. Esse sistema adota como forma de punição as penas criminais, que são baseadas na culpabilidade da pessoa e de natureza retributiva; e as medidas de segurança, que são baseadas na periculosidade da pessoa com natureza preventiva e assistencial. Não sendo permitido a aplicação de forma simultânea dessas penas (SANTOS, 2007).

Segundo explica Marques (2002), a partir da reforma do Código Penal em 1984, houve três alterações na aplicação das medidas de segurança, a saber: a) só será aplicada aos indivíduos considerados inimputáveis e eventualmente nos semi-imputáveis, conforme dispõe o art. 98 do CP. Assim, a base de aplicação das medidas de segurança ficou restrita à periculosidade da pessoa que possui doenças mentais e desenvolvimento mental retardado ou incompleto; b) aboliu o sistema duplo binário, o qual permitia a aplicação de forma cumulada da pena e das medidas de segurança, passando-se a adotar o sistema vicariante, isto é, ou se aplica a pena ou as medidas de segurança; e c) passaram a existir somente duas espécies de medidas de

segurança, conforme dispõe o art. 96 do CP, que são a internação em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico, ou tratamento ambulatorial.

Mirabete e Fabbrini (2006) prelecionam que a execução da pena se mostra ineficaz quando se trata de indivíduos perigosos, no que tange à prevenção e à recuperação. Por isso, considera que as medidas de segurança foram uma das mais significativas mudanças do Direito Penal moderno.

Segundo esses doutrinadores, as medidas de segurança não deixam de ser uma forma de sanção penal, pois de alguma forma diminuem um bem jurídico daquele sujeito que é submetido a elas, porém, têm por finalidade a prevenção no sentido de proteger a sociedade da ação de delinquentes que possuem alta periculosidade, bem como de submetê-los a uma recuperação através do tratamento curativo.

Capez (2007) conceitua as medidas de segurança como sendo uma sanção penal imposta pelo Estado, através de uma sentença criminal, às pessoas imputáveis e semi-imputáveis, que através de sua prática delitiva demonstraram potencialidade para praticar novos delitos, com a finalidade de prevenir que o autor da infração penal volte a delinquir, devido a sua periculosidade.

As medidas de segurança são um meio de sanção penal com fins curativos e assistenciais aplicada aos sujeitos considerados inimputáveis e semi-imputáveis, conforme dispõe o art. 26 e § único do Código Penal. Explica que esses sujeitos, por serem portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, “demonstram um estado de periculosidade que constitui a probabilidade de delinquir” (DOTTI, 2010, p. 709).

Portanto, conforme Jesus (2003), as medidas de segurança têm natureza preventiva; têm por base a periculosidade da pessoa, sendo feito sobre a pessoa um juízo periculosidade; são aplicadas por tempo indeterminado, cessando somente após a constatação da cessação da periculosidade; e são aplicadas somente às pessoas inimputáveis, e, eventualmente, aos semi-imputáveis.

Importante trazer o conceito de periculosidade, que “é a potencialidade para praticar ações lesivas. Revela-se pelo fato de o agente ser portador de doença mental” (CAPEZ, 2007, p. 429).

Jesus (2003) explica que a periculosidade pode ser real, que é a aquela que precisa ser verificada pelo juiz, ou a periculosidade pode ser presumida, que são os casos em que a lei presume a periculosidade da pessoa.

Assim, os indivíduos semi-imputáveis possuem periculosidade real, precisando ser constatada pelo juiz. Conforme Capez (2007) explica, nesses casos, mesmo que haja um laudo apontando a falta de higidez mental, ainda assim o juiz deve investigar no caso concreto se é caso de aplicação de pena ou medida de segurança. Já os inimputáveis têm a sua periculosidade presumida, bastando o laudo apontar a perturbação mental para que lhe seja aplicada a medida de segurança.

Portanto, quando da execução da pena, se verificada a inimputabilidade da pessoa, e em sendo a sentença no sentido de condenação, deverá ser prolatada a absolvição imprópria, isto é, impor ao condenado as medidas de segurança (MARCÃO, 2004).

Nos termos do art. 171 da LEP, quando a sentença que aplica as medidas de segurança transitar em julgado, deverá ser expedida a guia de execução. Porém, há casos em que a pessoa está cumprindo pena privativa de liberdade e acomete-se de doença mental, nesses casos, nos termos do art. 183 da LEP, deverá haver a conversão da pena para medida de segurança, a qual deverá ser feita através de requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, e de ofício pelo juiz. Ressaltando que “se o agente revelar incompatibilidade com a medida de tratamento ambulatorial, poderá ocorrer a conversão desta em internação, pelo prazo mínimo de um ano” (MARCÃO, 2004, p. 70).

Nos termos do art. 97 do Código Penal existem duas espécies de medidas de segurança: a detentiva, através da internação ou tratamento psiquiátrico, e a restritiva, através do tratamento ambulatorial (CAPEZ, 2007).

A internação, ou tratamento ambulatorial, tem tempo de duração indeterminado, prevalecendo até a constatação da cessação da periculosidade da pessoa, feita através de exames psiquiátricos periódicos (MARCÃO, 2004).

A legislação prevê o prazo mínimo de três anos, e o juiz deverá levar em consideração os seguintes critérios de fixação do quantum: “1) o grau de

comprometimento da anomalia mental; 2) a gravidade do delito; e 3) a periculosidade evidenciada” (MARCÃO, 2004, p. 246).

Em crítica às medidas de segurança, Reale et al (1987, p. 290/291) consideram que o tratamento ambulatorial, em paralelo com as penas, trata-se de uma “autêntica medida restritiva de liberdade, e o tratamento institucional, verdadeira medida privativa de liberdade”. E seguem dizendo que essas medidas se tratam de “uma psiquiatria adaptativa repressiva”.

A medida de segurança detentiva é obrigatória nos crimes com pena de reclusão; a pessoa ficará internado por tempo indeterminado até que sua periculosidade seja cessada através de laudo pericial; a cessão de periculosidade é verificada no prazo mínimo entre um e três anos, porém, se o juiz da execução determinar pode ser averiguada antes do prazo mínimo, conforme dispõe o art. 176 da LEP (CAPEZ, 2007).

A internação será em estabelecimento que tenha característica hospitalar (art. 99 do CP). Na falta de vaga, a pessoa deverá ser internado em hospital comum ou particular, mas nunca em presídio (CAPEZ, 2007).

Em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, os Ministros entendem que constitui constrangimento ilegal à pessoa que, aplicadas as medidas de segurança de internação, fique segregado em presídio comum por falta de vaga em estabelecimento hospitalar adequado. Vejamos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. PACIENTE À ESPERA DE VAGA EM PENINTENCIÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL COM FIGURADO. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA.

1. Esta corte entende que configura constrangimento ilegal o recolhimento em presídio comum de sentenciado à medida de segurança consistente em internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou equivalente, sob justificativa de inexistência de vagas no estabelecimento adequado.
2. Por outro lado, há que se sopesar as periculosidades do caso concreto, em especial quanto à periculosidade do paciente, mormente porque a medida de segurança é uma sanção aplicada ao imputável que visa não só a sua cura ou tratamento, mas também a proteção da sociedade.
3. Ordem concedida, de ofício, para determinar a imediata transferência para Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

ou outro estabelecimento adequado, ou, na falta de vaga, e com observância das cautelas devidas, que o Juízo das Execuções considere a possibilidade de substituir a internação por tratamento ambulatorial, até que surja vaga em estabelecimento adequado à condição do paciente. Grifei

No caso em tela, trata-se de pessoa inimputável que foi absolvido sumariamente em sentença absolutória imprópria, a qual impôs medidas de segurança mediante internação, porém, devido à falta de vagas, o sujeito ficou recolhido em estabelecimento prisional, local inadequado para pessoas portadoras de enfermidades mentais, devido a sua condição de periculosidade que exige tratamento diferenciado. Portanto, a sua segregação em estabelecimento prisional comum, conforme entendem os Ministros do STJ, configura constrangimento ilegal.

Além disso, entendem que quando não houver vaga em estabelecimento psiquiátrico, a pessoa deverá ser submetida ao tratamento ambulatorial até conseguir vaga em Hospital de Custódia.

Quanto à liberação do custodiado, essa se dará quando constatada a cessação da periculosidade da pessoa, e sua liberação se dará por determinação do juiz através de sentença. Porém, o custodiado só será liberado após o trânsito em julgado da sentença, conforme art. 179 da LEP (MALCHER, 2009).

Contudo, se a pessoa, que foi liberada ou desinternado antes do decurso do prazo mínimo de um ano de tratamento ou internação, praticar ato delituoso que demonstre que sua periculosidade ainda existe, terá a sua desinternação ou liberação condicionada revogada, voltando ao estado em que se encontrava. Malcher (2009) observa que “a lei referiu-se a fato, ao invés de crime, o que significa que um quase-crime ou um crime impossível poderá justificar a internação do agente”. Expirado o prazo mínimo de um ano sem que a pessoa tenha apresentado periculosidade, a medida de segurança é extinta.

O primeiro manicômio criminal do Brasil foi construído no ano de 1921, no Estado do Rio de Janeiro. Para lá iam os condenados que estavam recolhidos em presídios e que apresentavam algum sintoma de distúrbio psiquiátrico, os acusados que tinham suspeitas de possuírem anomalia mental para observação e tratamentos, bem como os delinquentes isentos de responsabilidade penal por motivo de doença mental (PERES et al 1998).

Peres et al (1998) discorrem que os manicômios criminais tinham duas funções: a de custódia e a de tratamento de doentes mentais, um “misto de hospital e presídio”. Ressaltam que essa dupla função era considerada por alguns autores a responsável por dar uma característica ambígua aos profissionais que laboravam nessas instituições. Além disso, essa dupla função era conflituosa, devido ao fato de as ações terapêuticas e os diagnósticos serem mediados pelo Poder Judiciário, pois serve como última instância para promover a reclusão dos doentes mentais.

Outra questão levantada é que essas instituições psiquiátricas visam somente tratar os doentes mentais, e não punir, devido ao longo tempo de internação ao qual são submetidos, por serem consideradas pessoas inimputáveis, consoante art. 26 do CP, e, conseqüentemente, pessoas irresponsáveis e perigosas (PERES et al, 1998).

Em pesquisa realizada no ano de 1996 em um Hospital de Custódia e Tratamento com 309 pacientes, através do método qualitativo e quantitativo, Peres et al (1998) concluíram que: 88, 7% eram homens; 11, 3% mulheres; 75% com idade entre 17 e 45 anos; 48, 9% eram esquizofrênicos, e desses 16, 3% possuíam retardo mental; 3,6 % possuíam distúrbio de personalidade e 2,9% eram epiléticos.

Quanto aos delitos, 36, 1% cometeram homicídio; 15, 3% lesão corporal; 4,3% ameaça. Constaram ainda que 61,6% cometeram crimes considerados gravíssimos e 24,4% crimes considerados leves. Sendo que, 46,6% dos crimes eram contra familiares ou companheiros; 24,4% contra amigos, vizinhos ou conhecidos (PERES et al, 1998).

Dentre outras constatações, através de entrevistas com médicos e pacientes, concluíram também que as medidas de segurança, devido ao seu tempo indeterminado, possuem caráter aflitivo, sendo a medida de segurança uma pena sem fim e o Hospital de Custódia e Tratamento o presídio (PERES et al, 1998).

A principal crítica em relação às medidas de segurança é o seu caráter indeterminado, pois, como bem questiona Malcher (2009), “deve o doente mental perigoso permanecer perpetuamente sob a custódia do Estado?”

Nos termos do art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal, é vedada a aplicação de penas de caráter perpétuo em nosso País. Porém, há a questão de como liberar

ao convívio em sociedade um indivíduo perigoso e, em alguns casos, possuidores de moléstias que não têm cura, como é o caso da psicopatia (MALCHER, 2009).

Por outro lado, manter alguém segregado por tempo indeterminado fere direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo obedece ao princípio da anterioridade, eis que as medidas de segurança são previstas em lei (MALCHER, 2009).

Segundo Malcher (2009), os seguintes doutrinadores discorrem sobre princípios que as medidas de segurança ferem, a saber: Antônio Carlos da Ponte e Francisco de Assis Toledo, dizem que ferem o princípio da legalidade, justamente pelo seu tempo de duração ser indeterminado. Para Virgílio de Mattos ferem o princípio da igualdade, pois tratam os inimputáveis de forma diferente dos imputáveis quanto à aplicação de pena; o princípio da presunção de inocência, pois o doente mental é punido não somente pelo fato que praticou, mas também porque apresenta mera probabilidade de delinquir novamente. E por fim, para Ferrari ferem o princípio da dignidade humana, pelo fato de não obedecerem ao princípio da proporcionalidade, pois o tempo das medidas de segurança deveriam ser aplicadas conforme a proporcionalidade de periculosidade da pessoa, bem como a gravidade do fato.

Além disso, são poucos os Estados brasileiros que possuem hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, e os que possuem dispõem de condições precárias e em desacordo com a lei (MELCHER, 2009).

Melcher (2009) destaca que no Brasil existem milhares de pessoas portadoras de psicopatologias crônicas e incuráveis cumprindo pena em estabelecimento prisional comum e sem o devido tratamento psiquiátrico. E acrescenta:

Percebe-se que setores variados da sociedade, principalmente autoridades públicas e judiciárias, possuem entendimento deturpado e até discriminatório acerca da inimputabilidade do doente mental, acreditando tratar-se de mais uma forma de impunidade. Todavia, a não aplicação da lei no caso concreto e o descaso das autoridades competentes com relação à inimputabilidade penal do doente mental, pode gerar reflexos desastrosos na sociedade.

Acaba que o Estado, por falta de estabelecimentos adequados, bem como por razões discriminatórias, prefere condenar o doente mental e aplicar a pena, que é cumprida em estabelecimento prisional comum, conclui Melcher (2009).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da presente monografia demonstrou que o Direito Penal passou por diversas fases ao longo dos séculos. O crime sempre existiu e houve tempos em que não havia controle sobre as condutas praticadas e as respectivas penas. Por muitos anos as penas foram aplicadas de forma cruel e sem controle algum, e com a evolução dos tempos e dos estudos surgiram as primeiras legislações penais que empunhavam limites de punição até, finalmente, o Estado ser o único legitimado a impor penas.

Foi visto que o Direito Penal tem como função principal a proteção dos bens considerados de relevância para o convívio em sociedade. Essa proteção se dá através da tutela estatal, por meio de leis e sanções penais aos indivíduos que ferirem esses bens.

Em relação a isso, o legislador faz uma análise considerando a cultura da sociedade em que está inserido para identificar os bens tidos como relevantes para a convivência em harmonia e a paz social, e, a partir disso, definir o que é considerado fato criminoso, tipificando-o em norma penal, e, então, irá impor uma sanção ao infrator como forma de prevenção e punição.

Com o passar dos tempos, também passou-se a ter uma preocupação quanto à culpabilidade da pessoa delinquente, analisando o ato criminoso de forma minuciosa, eis que nem todo indivíduo que pratica fato típico é passível de culpa, pois, às vezes, o seu ato pode estar sob alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade.

Outra questão que o Direito Penal passou a ter cautela foi em relação à distinção do indivíduo que possui total discernimento dos seus atos daquele que não possui algum tipo de compreensão ou tem essa compreensão reduzida, os chamados imputáveis, inimputáveis ou semi-imputáveis, que passaram a ter tratamento diferenciado quanto à aplicação da pena.

Assim, a principal questão abordada nesse trabalho foi a imputabilidade e a aplicação da pena, mais precisamente a (in)constitucionalidade da aplicação das medidas de segurança à pessoa inimputável.

No decorrer da pesquisa, viu-se que o sistema penal brasileiro apresenta contradições no que tange à aplicação da pena, pois às pessoas que, comprovadamente, através de laudo pericial, apresentam algum distúrbio psiquiátrico são submetidos às medidas de segurança, que submetem os inimputáveis ou semi-imputáveis à internação e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial.

Ao contrário da pena das pessoas imputáveis, as medidas de segurança não possuem tempo determinado, ficando os doentes mentais submetidos a uma espécie de pena perpétua, o que fere o disposto no art. 5º, XLVII, b, que veta penas de caráter perpétuo no nosso País.

Salienta-se que as medidas de segurança são aplicadas considerando a periculosidade da pessoa, que somente quando cessada, se o juiz permitir, o custodiado ganha alta. Porém, há casos em que a periculosidade nunca será cessada, bem como, conforme estudado, os delinquentes que possuem doença mental têm maior probabilidade de reincidir em comparação ao delinquente que não possui algum distúrbio.

Dessa forma, muitos acabam por ficar segregados por toda a sua vida no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou, quando saem, possuem grande chance de voltar a delinquir.

Não bastasse isso, verificou-se ao longo dos estudos que, por discriminação ou desídia do Poder Judiciário, que não trata cada caso de forma individual, a falta de exames psiquiátricos, que podem ser solicitados de ofício pelo juiz, acaba por segregar essas pessoas em presídios comuns, sem a mínima assistência psiquiátrica.

O problema aumenta ainda mais com a falta de estabelecimentos adequados para esses delinquentes, que quando internados nesses locais ficam à mercê de um tratamento desumano devido à falta de recursos ou por funcionamento de forma ilegal desses estabelecimentos, ferindo o princípio da dignidade humana.

Ao decorrer dos estudos dessa monografia e diante do exposto acima, conclui-se que tanto o legislador e, principalmente, o Poder Judiciário devem encontrar uma outra forma de tratar esses delinquentes.

Da parte do legislador, deve haver um estudo quanto essa aplicação de tempo indeterminado das medidas de segurança, pois não deixa de ser uma prisão perpétua.

Da parte do Poder Judiciário, deve haver mais cautela em cada caso, devendo o julgador, e as demais partes envolvidas no processo, atentar-se às condições mentais do réu, tanto no tempo da ação, como no decorrer do processo, bem como quanto à situação daqueles que, durante a execução da pena em presídio comum, acabam desenvolvendo algum distúrbio mental.

Da mesma forma, devido às grandes chances de reincidências desses indivíduos, deve haver acompanhamento pós alta, com a finalidade de prevenção, bem como com fins terapêuticos.

De outra banda, o STJ já decidiu que a medida de segurança deve ter sim prazo determinado, tomando por base de duração o limite da pena abstrata cominada ao delito praticado, bem como a aplicação por analogia do art. 75 do CP. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. MEDIDAS DE SEGURANÇA. PRAZO MÁXIMO DE INTERNAÇÃO. TRINTA ANOS. APLICAÇÃO POR ANALOGIA, DO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Em atenção aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, aplica-se, por analogia, o art. 75 do Diploma Repressor às medidas de segurança, estabelecendo-se como limite para a sua duração o máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, **não se podendo conferir tratamento mais severo e desigual ao inimputável, uma vez que ao imputável, a legislação estabelece expressamente o respectivo limite de atuação do Estado.**
2. Agravo regimental improvido. Grifei

Portanto, limitar as medidas de segurança ao máximo de trinta anos seria uma forma de respeitar o que preceitua a Carta Magna, isto é, direitos iguais e vedação às penas de caráter perpétuo.

REFERÊNCIAS

ABDALA FILHO, Elias, CHALUB, Miguel, TELLES, Lisieux E. Borba. **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582712825/cfi/6/2!/4/2@0:0>>. Acesso em 18 maio 2018.

BINTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3792-8/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em 02 maio 2018.

BRASIL: Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. DELMANTO, Celso, DELAMANTO et al. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. **Vade Mecum**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 241.246-SP. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília (DF), 07 mar. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> . Acesso em: 24 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 170.734-SP. Quinta Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: ABDAS. Relator: Ministro Jorge Mussi. 01 out. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010411/cfi/6/2!/4/2/4@0:0.00>>. Acesso em 02 maio 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º ao 120. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____**Curso de Direito Penal:** parte geral, arts. 1º ao 120. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217112/cfi/0!/4/4@0.00:59.1>>. Acesso em 24 abr. 2018.

_____**Curso de Direito Penal:** parte geral, arts. 1º ao 120. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488810/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 19 maio 2018.

CARDOSO, Leonardo Mendes. **Medicina Legal para o Acadêmico de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHEMIN, Beatriz Francisca. **Manual da Univates para Trabalhos Acadêmicos:** planejamento, elaboração e apresentação. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

CÔELHO, Yuri Carneiro. **Curso de Direito Penal Didático.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499502/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em 24 abr 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra Editora, 1997.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** parte geral, 3 ed. Colaboradores Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Coordenador: Pedro Lanza. **Direito Penal Esquematisado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. **Direito penal, v. 1:** parte geral (arts. 1º a 120), 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRIEDE, Carlos André Reis. **Teoria Geral do Delito:** primeiras lições. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. E-book. Disponível em: <<http://univates.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788579872068/pages/-25>>. Acesso em: 22 maio 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Molina, Antonio Garcia-Pablos. **Criminologia.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

_____**Curso de Direito Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo, Vanzolini, Patrícia. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217648/cfi/0!/4/4@0.00:56.8>>. Acesso em: 19 maio 2018.

MALCHER, Farah de Sousa. A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2104, 5 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12564>>. Acesso em: 24 maio 2018.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MUÑOZ, Francisco Conde. **Teoria Geral do Delito**. Tradução e notas Juarez Tavares e Luiz Regis do Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

_____. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010282/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.101>> Acesso em: 24 abr. 2018.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547206765/cfi/0>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERES, Maria Fernanda Tourinho et al. A estratégia da periculosidade: psiquiatria e justiça penal em um hospital de custódia e tratamento. **Psychiatry on line Brasil**. Nº 8. V. 3. Ago. 1998. Disponível em <<http://www.polbr.med.br/ano98/perigo.php#1>>. Acesso em: 24 maio 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Colaboradores: Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REALE, Miguel Junior et al. **Penas e medidas de segurança no novo código**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1987.

RIGONATTI, Sérgio Paulo. Organizadores: SERAFIM, Antônio de Pádua; BARROS, Edgard Luis. **Temas em Psicologia Forense e Psicologia Jurídica**. Colaboradora: CAIRES, Maria Adelaide de Freitas. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70073007510, da 3ª Câmara Criminal. Apelante: V.A.V. Apelado: M.P. Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 30 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70039953393, da 1ª Câmara Criminal. Apelante: Marcos Ricardo Machado. Apelado: Ministério Público. Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 30 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21 maio 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 0008479-37.2008.8.19.0053, da 2ª Câmara Criminal. Apelante: Édipo Vilaça. Apelado: Ministério Público. Relator: José Augusto de Araújo Neto. Rio de Janeiro, 02 dez. 2010. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 22 maio 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICP; Lumen Juris, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**: de acordo com a Lei nº 7209 de 11.07.1984. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZIMERMAN, David, COLTRO, Antônio Mathias Carlos. **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Milleniun, 2002.